

Kostenerstattungsansprüche beim wettbewerbsrechtlichen Abmahnschreiben

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Matthias Cramer
aus Paderborn

1988



KOSTENERSTATTUNGSANSPRÜCHE BEIM
WETTBEWERBSRECHTLICHEN ABMAHNSCHREIBEN

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

durch den Fachbereich Rechtswissenschaft

der Westfälischen Wilhelms-Universität

zu Münster

vorgelegt von

Matthias Cramer

aus Paderborn

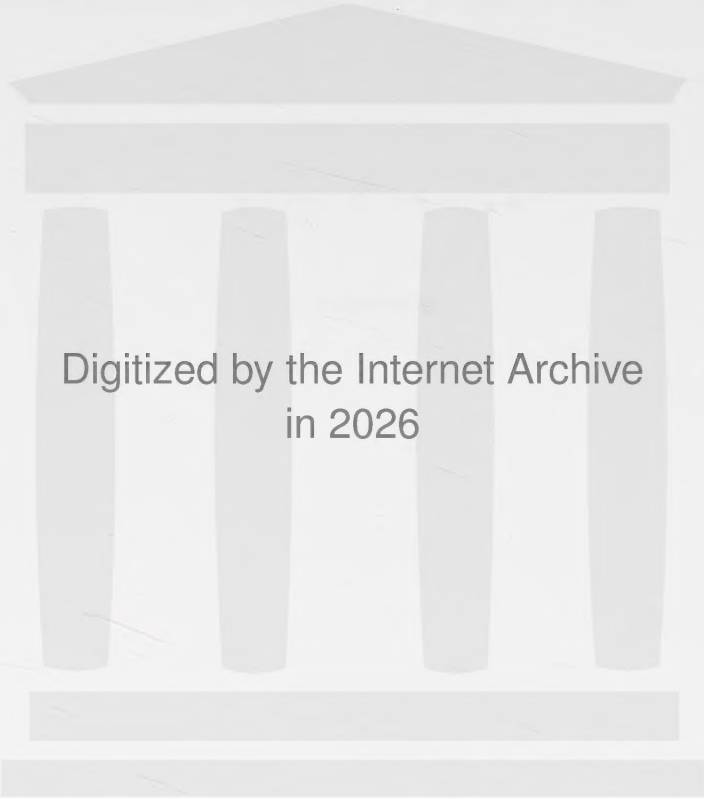
1988

Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Michael Reinicke
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Sandrock
Dekan:	Prof. Dr. Petev

Tag der mündlichen Prüfung:	2. Februar 1988
-----------------------------	-----------------

Meinen Eltern

- in memoriam -



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554807_0058

Inhaltsübersicht

1. Teil: Der Abmahnungsgrundsatz im Wettbewerbsrecht und die Bedeutung der untersuchten Frage	1
A.) Rechtspflicht zur Abmahnung	6
B.) Abmahnung als Gewohnheitsrecht	7
C.) Kostenrechtliche Bedeutung der Abmahnung (§ 93 ZPO)	10
2. Teil: Der Kostenerstattungsanspruch hinsichtlich eines Abmahnschreibens	19
§ 1: Ansprüche der Mitbewerber	21
A.) Verzug	22
B.) Unmöglichkeit	23
C.) Deliktische Ansprüche	24
I. Spezialnormen aus dem UWG	24
1. Haftungstatbestand	24
2. Verschulden	25
3. Erstattung von Rechtsanwaltskosten als adäquat kausaler Schaden	26
II. Unlautere Werbung als Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, § 823 Abs. 1 BGB; § 829 II BGB; iVm Bestimmungen des UWG	28
III. Rechtslage bei zeitlich früherer Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung gegenüber Dritten	31
1. Bedeutung der Wiederholungsgefahr	32
2. Wiederholungsgefahr als prozessuale oder materiellrechtliche Voraussetzung des Unterlassungsanspruchs	33
3. Anforderungen an die Beseitigung der Wiederholungsgefahr	34

4. Wegfall der Wiederholungsgefahr und Auswirkung auf die Schadensersatzverpflichtung	39
a. Kurze Zusammenfassung des Literaturstandes	40
b. Analyse	42
aa. Nichtigkeit des zwischen Zweitabmahner und seinem Rechtsanwalt geschlossenen Vertrages, § 306 BGB	42
bb. Bestehender Unterlassungsanspruch als Voraussetzung für die Schadensersatzforderung	44
D.) Ansprüche aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag	53
I. Darstellung des Meinungsstandes	55
1. Rechtsprechung des BGH	55
2. Die Gegenmeinung in Literatur und Teilen der Rechtsprechung	60
3. Replik	64
II. Kritik und Analyse	65
1. Anwendbarkeit von BGB-Regeln neben Spezialbestimmungen des UWG	69
2. Gegenstand der Geschäftsbesorgung	71
3. Fremdheit des Geschäfts	72
a. Das objektiv ausschließlich fremde Geschäft	73
b. Das "auch fremde Geschäft"	75
aa. Darstellung des Meinungsstandes	78
(1) Die Rechtsprechung des BGH und der ihm folgende Teil der Literatur	78
(2) Die Gegner der BGH Rechtsprechung	79

bb. Analyse und Kritik	85
(1) Historische Entwicklung und Intention des Gesetzgebers	86
(2) Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal des Fremdgeschäftsführungswillens	88
(3) Ergebnis und Überleitung auf die untersuchte Fragestellung	95
cc. Abmahnung als Fremdgeschäftsführung	97
(1) Feststellung der Tätigkeit des Abmahnenden im fremden Rechts- und Interessenkreis	97
(2) Feststellung des Fremdgeschäftsführungswillens	101
c. Handeln des Abmahnenden im Interesse des Abgemahnten, § 683 BGB	102
aa. Kosten der außergerichtlichen Abmahnung	106
(1) Der Gebührentatbestand	106
(2) Höhe des Streitwerts	109
bb. Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens	115
(1) Die Streitwertbemessung	115
(2) Weitere kostenauslösende Faktoren	122
d. Ergebnis zur Geschäftsführung ohne Auftrag	131
§ 2: Kostenerstattungsansprüche der Interessen- und Verbraucherverbände	132
A.) Einleitung und Überblick	132
I. Interessenverbände, § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG	132
II. Verbraucherverbände, § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG	134
III. Wirtschafts- und Berufskammer, § 13 Abs. 2 Nr. 4 UWG	135

B.) Eigene Schadensersatzansprüche der Verbraucher- und Interessenverbände	138
I. Ansprüche aus §§ 823 Abs. 1, Abs. 2 iVm. Vorschriften des UWG	138
II. Ansprüche aus § 13 Abs. 6 UWG unmittelbar	140
C.) Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag	143
I. Abmahnung als Fremdgegeschäftsführung im Sinne des § 677 BGB	143
II. Aufwendungsersatz gemäß § 683 BGB	148
3. Teil: Kostenerstattungsansprüche des zu Unrecht Abgemahnten	151
A.) Einleitung: Die Abwehrmaßnahmen	151
B.) Anwendung des § 678 BGB	156
C.) Schadensersatzansprüche	161
I. Schadensersatz aus Spezialbestimmungen des UWG	161
II. Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, § 823 I BGB	162
4. Teil: Zusammenfassung der ermittelten Ergebnisse und Lösungsalternativen	169
A.) Restriktive Anwendung des § 93 ZPO	172
B.) Anrechnung fiktiver Abmahnungskosten im Rahmen des Kostenfestsetzungsverfahrens bei unterbliebener Abmahnung	177
C.) Schadensersatz ohne Verschulden	179
D.) Ansprüche aus analoger Anwendung der §§ 91 ff. ZPO	182
E.) Lösungsvorschlag unter Berücksichtigung der UWG-Novelle 1986	185

Literaturverzeichnis

- | | |
|--|---|
| Ahrens, Hans-Jürgen | Wettbewerbsverfahrenrecht,
München - 1983 |
| Ahrens, Hans-Jürgen | Zum Ersatz der Verteidigungsaufwen-
dungen bei unberechtigter Abmah-
nung, NJW 1982, 2477 |
| Ahrens, Hans-Jürgen | Anm. zu BGH, NJW 1984, 2525 |
| Amann, Joachim | Rechtsfragen in Wettbewerb und Wer-
bung, lose Blattsammlung, Stand: 6.
Ergänzungslieferung April 1986 |
| Baumbach-Hefermehl | Wettbewerbsrecht
13. Auflage München 1981,
14. Auflage München 1983, |
| Baumbach-Hefermehl | Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht,
Band 1: Wettbewerbsrecht, 8. Aufla-
ge und 9. Auflage 1967 |
| Baumbach-Lauterbach
Albers-Hartmann | Zivilprozeßrecht,
14. Auflage München 1983 |
| Baur, Fritz | Arrest und einstweilige Verfügung
in ihrem heutigen Anwendungsbe-
reich, DB 1964, 607 ff. |
| Becker-Eberhard | Grundlagen der Kostenerstattung bei
der Verfolgung zivilrechtlicher
Ansprüche, Diss. Universität Bonn
1984 |
| Berg, Hans Georg | Hauptprobleme der Geschäftsführung
ohne Auftrag, JuS 1975, 681 ff. |
| Borck, Hans-Günther | Ansichten und Argumente zur Erstat-
tungsfähigkeit der Abmahnkosten,
WRP 1981, 438 ff. |

- Borck, Hans-Günter** Erledigung der Hauptsache durch Unterwerfung zugunsten Dritter?, WRP 78, 7 ff.
- Borck, Hans-Günter** Obliegt es dem Opfer, den Täter zu warnen?, WRP 1974, 241 ff.
- Borck, Hans-Günter** Wiederholungsgefahr -Dringlichkeit- Abmahnungslast, NJW 1981, 2721 ff.
- Borck, Hans-Günter** Anm. zu BGH WRP 1983, 265, 266
- Brox, Hans** Besonderes Schuldrecht, 7. Auflage München 1980
- Burmann, Hans-Friedrich** Haftung für Werbung und Wettbewerb, WRP 1974, 68 ff.
- Dittmers, Rolf** Die Berücksichtigung vorprozessual entstandener Anwaltskosten im Kostenfestsetzungsverfahren, NJW 1986, 2088 ff.
- Emmerich, Volker** Das Recht des unerlaubten Wettbewerbs, JuS-Schriftenreihe, Heft 80, 2. Auflage München 1987
- Enneccerus-Nipperdey** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 15. Auflage 1959/60
- Erman,** BGB, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 6. Auflage Münster 1975
- Ernst,** Das Interesse und der Wille des Geschäftsherrn, AcP 96 (1905)

- Eser, Giesbert** Probleme der Kostentragung bei der vorprozessualen Abmahnung und beim Abschlußschreiben in Wettbewerbsstreitigkeiten, GRUR 1986, 35 ff.
- Fikentscher, Wolfgang** Schuldrecht, 6. Auflage 1976
- v. Gamm** Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Auflage 1981
- v. Gamm** § 93 ZPO und die Abmahnung im gewerblichen Rechtsschutz, NJW 1961, 1048 ff.
- v. Gamm** Neue höchstrichterliche Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht (UWG), RWS-Skript 36, 4. Auflage, Köln
- Gaissert, Kurt** Der Abmahnungsgrundsatz im Wettbewerbsrecht, Diss. Universität Tübingen 1983
- Gerold/Schmidt** Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte, Kommentar, 8. Auflage München 1984
- Gloy, Wolfgang** Handbuch des Wettbewerbsrechts, 1. Auflage München 1986
- Habscheid, Walther** Anm. zu OLG München NJW 1958, 1000 ff.
- Hadding, Walther** Die Klagebefugnis der Mitbewerber und der Verbände nach § 13 I UWG im System des Zivilprozeßrechts, JZ 70, 305 ff.
- Herr, Robert** Zur Streitwertfestsetzung in Wettbewerbsachen und zum Selbstverständnis der Instanzgerichte, MDR 1985, 187 ff.



- Hiersemann, Walter** Die wettbewerbliche Abmahnung und ihre Kosten NJW 1971, 777 ff.
- Jauernig-Schlechtriem** Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Auflage München 1981
- Stürmer-Teichmann-Vollkommer** C. H. Beck Verlag München 1981
- Kisseler, Marcel** Das Klagerecht der Verbände in der Bewährungsprobe, WRP 77, 151 ff
- Klaka** Anm. zu BGHZ 52, 393, GRUR 1970, 190
- Kurbjuhn** Anm. zu BGHZ 52, 393 NJW 1970, 604 ff.
- Larenz, Karl** Lehrbuch des Schuldrechts Band II, 12. Auflage 1981
- Leipold, Dieter** Strukturfragen des einstweiligen Rechtsschutzes, ZZP 90. Band, Heft 3 (1977) Seite 258 ff.
- Loritz, Karl-Georg** Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Erstattung der Anwaltskosten bei vorprozessualen Abmahnungen unter besonderer Berücksichtigung des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts, GRUR 1981, 883 ff.
- Löwenheim, Ulrich** Die Erstattung von Abmahnkosten der Verbände in der neueren Rechtsprechung, WRP 87, 286 ff.
- Löwenheim, Ulrich** Probleme der vorprozessualen Abmahnung bei der Verfolgung von Wettbewerbsverstößen durch Verbände, WRP 79, 839 ff.

Maunz-Dürig-Herzog-Scholz	Grundgesetz, Kommentar, München 1978
Medicus, Dieter	Bürgerliches Recht, 12. Auflage 1984
Melullis, Klaus-Jürgen	Zum Kostenerstattungsanspruch bei der Verwarnung durch Verbände im gewerblichen Rechtsschutz, WRP 1982, 1 ff.
Melullis, Klaus-Jürgen	Wettbewerbsrechtliche Prozeßpraxis Frankfurt 1985
Mes, Peter	Unterwerfungserklärung und Kosten- erstattung GRUR 1978, 345 ff.
Münchener Kommentar	Band 2, §§ 241-432 Schuldrecht All- gemeiner Teil, 1. Auflage München 1979
Münchener Kommentar	Bürgerliches Gesetzbuch Band 3 Schuldrecht, besonderer Teil 2. Halbband (§§ 657-853), 2. Auflage München 1986
Nirk/Kurtze	Wettbewerbsstreitigkeiten (NJW Schriftenreihe) München 1980
Nordemann, Wilhelm	Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 1985
Palandt, Otto	Bürgerliches Gesetzbuch, 45. Auflage München 1986
Pastor, Werner	Der Wettbewerbsprozeß 3. Auflage 1980

- Przygodda, Bernd-Joachim** Die Abmahnungspflicht bei Wettbewerbsverstößen in der gerichtlichen Entscheidungspraxis, WRP 1972, 409 ff.
- Prelinger, Dieter** Klagebefugnis der Abmahnvereine, NJW 1982, 211 ff.
- Prelinger, Dieter** UWG-Novelle, Anwaltsblatt 1986, 450
- Rödder, Dieter** Grundzüge der GOA, JuS 1983, 930 ff.
- RGRK** Das bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, 12. Auflage 1978, Band II 4. Teil §§ 631-811, (Zit: RGRK-Bearbeiter)
- Rosenberg-Schwab** Zivilprozeßrecht, 12. Auflage München 1977
- Roth, Rudolf** Die Kosten des Abschlußschreibens bei Wettbewerbsstreitigkeiten, DB 1982, 1916 ff.
- Sack, Rolf** Die UWG-Novelle 1986, DB 1986, 2205 ff.
- Schaub, Günter** Arbeitsrechtshandbuch, 5. Auflage München 1983
- Schmidt, Karsten** Wettbewerbsrechtliche und vereinsrechtliche Instrumente gegen die Tätigkeit der Abmahnvereine, NJW 1983, 1520 ff.
- Schneider, Egon** Die neuere Rechtsprechung zum Streitwertrecht (II), MDR 1983, 353 ff.
- Schneider, Egon** Die neuere Rechtsprechung zum Streitwertrecht, MDR 1984, 265 ff.

- Schneider, Egon** Die neuere Rechtsprechung zum Streitwertrecht (II), MDR 86, 265 ff.
- Schubert, Werner** Der Tatbestand der GOA, AcP 178 (1978), 425 ff.
- Schubert, Werner** Grenzen der GOA, NJW 1978, 687 ff.
- Schulte, Ine-Marie** Anforderungen an die Beantwortung einer Verwarnung, GRUR 1980, 470 ff.
- Schwark, Eberhard** Der Fremdgeschäftsführungswille bei der GOA, JuS 1984, 321 ff.
- Schwarz,** Die Grenzen deliktischer Verantwortlichkeit für Gesundheitsbeschädigung in den Fällen freiwilliger Hilfeleistung, JZ 1966, 162 ff.
- Schwerdtner, Peter** Geschäftsführung ohne Auftrag, JuRa 1982, 593 ff.; 672 ff.
- Soergel-Siebert** Bürgerliches Gesetzbuch Band 2, Schuldrecht I, 10. Auflage 1967
- Sommermeyer, Karl** Anwendung des § 93 ZPO bei einstweiliger Verfügung auf Unterlassung im Wettbewerb?, MDR 1970, 288 ff.
- Spengler/Weber** Wettbewerb - Recht und Schranken, 2. Auflage Wiesbaden 1972
- Staudinger** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen; Lieferung zu §§ 657-740 BGB Berlin 1980

- Stein, Axel** § 677 BGB und das objektiv fremde Geschäft, Diss. Universität Münster 1973
- Tack, Wolfgang** Zur wiederholten Unterwerfung in Wettbewerbsstreitigkeiten, WRP 1984, 455 ff.
- Terplitzky, Otto** Streitfragen beim Arrest und bei der einstweiligen Verfügung, DRIZ 1982, 41 ff.
- Terplitzky, Otto** Die Rechtsfolgen der unbegründeten Ablehnung einer strafbewährten Unterlassungserklärung, GRUR 1983, 609 ff.
- Terplitzky, Otto** Zur Unterbrechung und Hemmung der Verjährung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche, GRUR 1984 307 ff.
- Traub, Fritz** Wettbewerbsrechtliche Verfahrenspraxis, Frankfurt am Main 1986
- Ulrich, Erwin** Wann besteht ein Anspruch auf Ersatz der Anwaltskosten für die Geltendmachung oder Abwehr eines Anspruches, wenn es nicht zum Prozeß gekommen ist?, MDR 1973, 559 ff.
- Ulrich, Gustav-Adolf** Die Aufklärungspflichten des Abgemahnten - Zur sinngemäßen Anwendung des § 93 ZPO zugunsten des Klägers/Antragsstellers, WRP 1985 117 ff.
- Vogt, Alfons** Abmahnung - Eilbedürfnis - Wiederholungsgefahr, NJW 1980, 1499 ff.
- Wieczorek, Bernhard** Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, 1. Band §§ 1-252,

- Wilke, Dietrich** Abmahnungen vor einstweiligen Verfügungen in Wettbewerbssachen?, WRP 1968, 165 ff.
- Wolf, Manfred** Zur Zulässigkeit der Verbandsklage, BB 1971, 1293 ff.
- Wollschläger, Christian** Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Theorie und Rechtsprechung, Berlin 1976
- Wollschläger, Christian** Grundzüge der Geschäftsführung ohne Auftrag, JA 1979, 58 ff.
- Zöllner, Richard** Zivilprozeßordnung, 13. Auflage Köln 1981

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	= andere Ansicht
a.a.O.	= am angegebenen Ort
Abs.	= Absatz
AcP	= Archiv für die civilistische Praxis
a.F.	= alte Fassung
Anwbl.	= Anwaltsblatt
Anm.	= Anmerkung
Art.	= Artikel
AZ	= Aktenzeichen
BB	= Der Betriebs-Berater
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BRAB	= Mitteilungsblatt der Bundesrechtsan- waltskammer
BT.-DR.	= Bundestagesdrucksache
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungs- gerichtes
bzw.	= beziehungsweise
DB	= Der Betrieb
Diss.	= Dissertation
DRIZ	= Deutsche Richterzeitung
ff.	= folgende
GG	= Grundgesetz
GRUR	= gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
hM	= herrschende Meinung
JA	= Juristische Arbeitsblätter
JURA	= Juristische Analysen
JurBüro	= Das juristische Büro
JuS	= Juristische Schulung
JZ	= Juristenzeitung

KG	= Kammergericht
LM	= Lindenmaier/Möhring u.a. Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofs
MDR m.w.N.	= Monatsschrift des Deutschen Rechts = mit weiteren Nachweisen
n.F. NJW	= neue Fassung = Neue juristische Wochenschrift
Rdn. RGRK RGZ	= Randnummer = Reichsgerichtsrätekomentar = Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen
UStG UWG	= Umsatzsteuergesetz = Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Vers.R	= Versicherungsrecht
WRP	= Wettbewerb in Recht und Praxis
ZPO ZZP	= Zivilprozeßordnung = Zeitschrift für Zivilprozeß

Alle nicht verzeichneten Abkürzungen sind bei Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Auflage Berlin 1968, S. 3 ff. angeführt.

1. Teil

Der Abmahnungsgrundsatz im Wettbewerbsrecht und die Bedeutung der untersuchten Frage

Die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs ist in der Bundesrepublik Deutschland keine Aufgabe staatlicher Organe, sondern rein privatrechtlich konzipiert. So hat es der Gesetzgeber den Beteiligten des Wettbewerbsgeschehens überlassen, für die Einhaltung wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen und Gepflogenheiten Sorge zu tragen. Mit der Bestimmung des § 1 UWG wurde dieser gesetzlichen Regelung im Wettbewerbsrecht eine Generalklausel vorangestellt, die jede im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs bestimmte Handlung verbietet, die gegen die guten Sitten verstößt. Sittenwidrig ist nach ständiger Rechtsprechung und Rechtslehre ein Wettbewerbsverhalten, das dem Anstandsgefühl der beteiligten Rechtskreise widerspricht oder von der Allgemeinheit mißbilligt und für untragbar angesehen wird. 1.)

Dabei bedarf es zur Abgrenzung und Konkretisierung eines solchen sittenwidrigen und damit tatbestandsmäßigen Wettbewerbs-

1.) BGHZ 54, 188 (190, 191); 59, 317 (319);
Baumbach-Hefermehl Einl. UWG Rdn. 64;
Nordemann Rdn. 23, 30

verhaltens im konkreten Fall einer Abwägung der geschützten Interessen, also der Interessen des Wettbewerbers, seiner Mitbewerber, der Allgemeinheit und damit auch der übrigen Marktbeteiligten einschließlich der Verbraucher. 2.)

Folgerichtig ist der Kreis derjenigen, die den Störer auf Unterlassung in Anspruch nehmen können, im UWG weit ausgedehnt. Gemäß § 13 Abs. II, 1, 2 UWG kann in den Fällen der §§ 1, 3, 4, 6 bis 6e, 7, 8 UWG der Anspruch auf Unterlassung von jedem Gewerbetreibenden, der Waren oder Leistungen gleicher Art herstellt oder in den geschäftlichen Verkehr bringt, und von Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen geltend gemacht werden; letztere sind dazu aber nur dann berechtigt, wenn sie als solche in bürgerlichen Streitigkeiten klagen können, mithin also parteifähig im Sinne des § 50 ZPO sind. Zur Erreichung eines weiteren, wirksamen Verbraucherschutzes wurde das Verbandsklagerecht aufgrund des durch das Änderungsgesetz vom 21.07.1965 ^{3.)} eingefügten § 13 Abs. 1a UWG (a.F.)* auf bestimmte Verbraucherverbände ausgedehnt. Diese Erweiterung der Klagebefugnis beruhte auf der Erwägung, daß das Wettbewerbsrecht nicht nur dem Schutz des unmittelbar betroffenen einzelnen Wett-

2.) Vgl. v. Gamm, Neue höchstrichterliche Rechtsprechung S. 14 ff insbes. zur Interessenabwägung

3.) BGBl I 625

* mit a.F. ist die bis zum 31.12.1986 gültige Fassung des UWG gemeint

bewerbers, sondern auch dem Schutz der Gesamtheit aller Mitbewerber und der Interessen der Verbraucher dient.

Neben dem großen Kreis der Unterlassungsberechtigten ist auch auf der Passivseite ein etwaiges, abzustellendes wettbewerbswidriges Verhalten nicht nur auf den Betriebsinhaber bzw. seinen Wirkungskreis beschränkt. Der Gesetzgeber (§ 13 Abs. 4 UWG) und die für diesen Fragebereich einschlägige Rechtsprechung haben die Verantwortlichkeit des Unternehmers ständig in einen weiten und umfassenden Rahmen gestellt. Neben seiner Verantwortlichkeit für eigenes Verhalten hat er nicht nur Fehlverhalten seiner Angestellten und Beauftragten, sondern in vielfältigen Zusammenhängen Dritthandlungen solcher Personen gegen sich gelten zu lassen, die er aufgrund konkreter Einwirkungsmöglichkeiten und effektiver Machtpositionen maßgeblich beeinflussen kann. 4.) Für diesen Personenkreis haftet der Betriebsinhaber ohne Möglichkeit des Entlastungsbeweises.

Darüber hinaus hat die Rechtsprechung unter bestimmten Voraussetzungen die Verantwortlichkeit einer Zeitung und des

4.) Vgl. ausführlich dazu Burmann WRP 74, 68 ff

Leiters der Anzeigenabteilung für den wettbewerbswidrigen Inhalt von Anzeigen bejaht 5.) und eine Prüfungspflicht bei der Entgegennahme von Anzeigen hinsichtlich grober und offensichtlicher Wettbewerbsverstöße angenommen. 6.)

Der in § 13 Abs. 1 UWG normierte Unterlassungsanspruch gilt heute als Kernstück des Sanktionssystems zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs. Er hat den Schadensersatzanspruch bei weitem überflügelt und steht quantitativ an der Spitze der Rechtsschutzbegehren in Wettbewerbsverfahren. 7.)

Diese Ansprüche werden jedoch in den meisten Fällen nicht prozessual geltend gemacht, sondern die außergerichtliche Beilegung wettbewerbsrechtlicher Streitigkeiten wird dadurch gefördert, daß es allgemein üblich geworden ist, den Verletzer vor Einleitung gerichtlicher Schritte in Form eines sogenannten Abmahnschreibens auf den Wettbewerbsverstoß hinzuweisen. Diese Bezeichnung des

5.) OLG Frankfurt WRP 85, 81

6.) BGH GRUR 73, 203 (204); OLG Hamm GRUR 1984, 538
zuletzt: BGH GRUR 86, 330: hier befaßte sich der BGH mit Anforderungen an die Sorgfaltspflicht der Stiftung Warentest bei der Veröffentlichung von Preisvergleichen

7.) Ahrens Wettbewerbsverfahrensrecht
S. 17

Schreibens als "Abmahnung" hat sich im Wettbewerbsrecht allgemein durchgesetzt als Umschreibung für die Aufforderung an einen Wettbewerber, bestimmte wettbewerbswidrige Handlungen zu unterlassen und eine entsprechend gesicherte Unterlassungserklärung abzugeben. 8.)

Wie durch die Abmahnstatistik eindrucksvoll bestätigt wird, kommt dieser Maßnahme ein sehr hoher Stellenwert zu. Die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs in Frankfurt hatte im Geschäftsjahr 1980 von insgesamt 10.624 Unterlassungsansprüchen etwa 8.000 dadurch abzuwickeln vermocht, daß der Störer eine strafbewährte Unterlassungserklärung abgab. Auf diese Weise werden auch heute noch etwa 80 - 90 % der beanstandeten Wettbewerbsverstöße bereits im vorprozessualen Raum erledigt. 9.)

Bevor sich die Untersuchung mit der Erstattungsfähigkeit von Abmahnkosten befaßt, soll zunächst der Frage nachgegangen werden, worauf diese hohe außergerichtliche Erledigungsquote zurückzuführen ist, insbesondere ob eine Verpflichtung zur Abmahnung besteht oder lediglich eine sogenannte "Last" des Unterlassungsgläubigers.

8.) Vgl. hierzu Hierseemann NJW 1971, 777 Fn.
a.A. Pastor S. 5, der von "Verwarnung" spricht

9.) Vgl. die - allerdings etwas ältere - Statistik: WRP 1981, 672 (673); WRP 1979, 84: v. 8.000 Abmahnungen führten nur über 500 (6,25 %) zu einem Prozeßverfahren; Nirk/Kurtze S. 31

A.) Rechtspflicht zur Abmahnung

Bereits im Jahre 1909 wurde bei den Beratungen über die Neufassung des UWG die Aufnahme einer Abmahnpflicht erörtert, aber nicht beschlossen. 10.) Bei dieser Ablehnung ist es auch im heute geltenden Wettbewerbsrecht verblieben; es findet sich keine ausdrückliche Bestimmung, wonach der Verletzte oder eine andere Institution im Sinne des § 13 UWG vor Anrufung der Gerichte den Störer in Form eines Abmahnschreibens auf seinen Wettbewerbsverstoß hinweisen muß.

Eine solche Verpflichtung könnte allenfalls aus § 27a UWG abgeleitet werden 11.), wonach die Landesregierungen bei den Industrie- und Handelskammern Einigungsstellen zur Beilegung von Wettbewerbsstreitigkeiten in der gewerblichen Wirtschaft einzurichten haben. Einer solchen extensiven Auslegung des § 27a UWG ist jedoch entgegenzuhalten, daß diese Einigungsstellen zwar die Herbeiführung eines gütlichen Ausgleichs aufgrund einer Aussprache vor unabhängiger und sachkundiger Stelle bezwecken, daß diese gesetzliche Bestimmung aber keineswegs besagt,

10.) Verhandlung des Reichstages vom
25.01.1909, XII Legislaturperiode
stenographische Berichte Berlin 1909
S. 6538 A

11.) So OLG Schleswig Beschluß v.
21.12.1967, AZ: 6 W 11/67

daß diese Institution auch tatsächlich angerufen werden muß.

Es findet sich somit keine positivrechtliche, den §§ 550, 553, 1053 BGB vergleichbare Bestimmung, wonach die Abmahnung ausdrücklich gesetzlich vorgeschrieben bzw. Tatbestandsmerkmal eines Unterlassungsanspruchs ist.

Ebenso wie im Arbeitsrecht, wo vor Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung wegen Störungen im Leistungsbereich eine Abmahnung des Arbeitnehmers aus dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit für erforderlich erachtet wird ^{12.)}, ist auch im Wettbewerbsrecht die Abmahnung ohne ausdrücklich gesetzliche Normierung gang und gäbe geworden.

B.) Abmahnung als Gewohnheitsrecht

Aufgrund der Tatsache, daß nahezu 80-90 % der beanstandeten Wettbewerbsverstöße bereits im vorprozessualen Raum erledigt werden, könnte sich die wettbewerbsrechtliche Abmahnung für die heutige Zeit als ein durch ständige Übung angewandtes, von der Überzeugung der Gewerbetreibenden getragenes und dem Unterlassungsanspruch angepaßtes selbständiges Rechtsinstitut

12.) Schaub § 130 I 3

Anm.: allerdings mit gegenüber der wettbewerbsrechtlichen Abmahnung unterschiedlichen Folgen (Frage der materiellen Berechtigung einer Kündigung)

darstellen, dessen Existenz und Notwendigkeit gewohnheitsrechtlich begründet ist. 13.)

Es stellt sich aber die Frage, ob diese Gewohnheitsrechtsthese einer näheren Überprüfung standhalten kann. Voraussetzung für ein gewohnheitsrechtliches Abmahngebot wäre eine langdauernde, gleichmäßige Übung und das Bewußtsein der Rechtsüberzeugung im ganzen Bundesgebiet einschließlich Westberlin. 14.) Eine solche Rechtsüberzeugung hat sich aber gerade nicht in der gesamten Bundesrepublik Deutschland durchgesetzt. Nach einer Entscheidung LG Berlin 15.) gibt es keine Übung dahin, daß gerichtliche Schritte, insbesondere einstweilige Verfügungen in der Regel erst nach erfolgloser Abmahnung eingeleitet werden können. Soweit ersichtlich hat sich der von Pastor entwickelten Gewohnheitsrechtsthese bisher nur das OLG Köln 16.) angeschlossen.

Ein örtlich begrenztes Gewohnheitsrecht

13.) So Pastor S. 16;

Spengler/Weber S. 25: "Bei Wettbewerbsverstößen widerstrebt es einem soliden Kaufmann in der Regel, einen Mitbewerber mit gerichtlichen Schritten zu überfallen, ohne ihm vorher durch ein Mahnschreiben Gelegenheit zur freiwilligen Abstellung des gerügten Übelstandes zu geben."

14.) Palandt-Heinrichs Einleitung V 1e
vor § 1

15.) LG Berlin WRP 74, 111 (112);
Diese Feststellung des Landgerichts wurde auch in dem diese Entscheidung abändernden Urteil des KG (WRP 74, 410 ff) nicht beanstandet

16.) OLG Köln WRP 76, 496

ist jedoch abzulehnen, da sich auf dem Gebiet des Wettbewerbsprozeßrechts als Bundesrecht auch nur bundesweites Gewohnheitsrecht bilden kann. Das Wettbewerbsprozeßrecht im allgemeinen und das Abmahnungsrecht im besonderen gehören als Prozeßrecht zum gerichtlichen Verfahren im Sinne von Art. 74 Nr. 1 GG und unterliegen somit der Gesetzgebungskompetenz des Bundes, soweit dieser in den Sachbereichen der konkurrierenden Gesetzgebung hiervon Gebrauch macht. Bei der Bildung von Gewohnheitsrecht müßte es sich daher schon um Normen handeln, die im gesamten Bundesgebiet in der Überzeugung, daß es sich dabei um Recht handelt, befolgt werden. 17.)

Unabhängig von den vorstehenden Ausführungen stellt sich ohnehin die Frage, wie aus der Gewohnheit der Gläubiger ein Recht des jeweiligen Schuldners erwachsen soll, zumal es doch vorliegend nicht um vertragliche, sondern ausschließlich um deliktische Ansprüche geht.

Eine gewohnheitsrechtliche Verpflichtung zur vorprozessualen Abmahnung ist deshalb nicht gegeben.^{17a)}

17.) Vgl. dazu ausführlich: Gaissert
S. 26

17a) Anm.: ob die Abmahnung einem Handelsbrauch i.S.d. § 346 HGB entspricht, wird wegen der folgenden Ziffer C hier nicht näher behandelt. Im übrigen findet sich in der Literatur zu § 346 HGB die wettbewerbsrechtliche Abmahnung nicht.

C.) Kostenrechtliche Bedeutung der
Abmahnung (§ 93 ZPO)

Die wettbewerbsrechtliche Abmahnung ist nicht etwa Zulässigkeitsvoraussetzung für die gerichtliche Geltendmachung von wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüchen, sie berührt auch nicht das Rechtsschutzbedürfnis. 18.) Die Notwendigkeit zur Abmahnung wird heute nahezu einhellig vielmehr unter kostenrechtlichen Gesichtspunkten beurteilt. Während früher nach herrschender Meinung Klageveranlassung im Sinne des § 93 ZPO stets derjenige geboten hat, der einen Wettbewerbsverstoß beging 19.), knüpfen seit Anfang der 70- iger Jahre die Gerichte und die heute absolut herrschende Meinung in der Wettbewerbsliteratur schärfere Anforderungen an die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Klageveranlassung, um den oft arglosen Verletzer vor überraschender Inanspruchnahme der Gerichte zu schützen. Diese immer schärfere Tendenz spiegelt sich darin wider, daß derjenige, der

18.) OLG Celle WRP 75, 242; OLG Hamburg WRP 78, 146; OLG Hamm DB 76, 1191
keine Voraussetzung für Rechtsschutzbedürfnis: OLG Köln WRP 84, 295; OLG Karlsruhe DB 76, 101; OLG München WRP 75, 48; Wilke WRP 68, 165, 166

19.) Baumbach/Hefermehl 8. Auflage
Einleitung. UWG Rdn. 283; ähnlich in der 9. Auflage: Einleitung UWG Rdn. 340, Ulrich MDR 1973, 559,

sofort gerichtliche Hilfe in Anspruch nimmt, ohne den Verletzer zuvor abzumahnen, Gefahr läuft, die Verfahrenskosten tragen zu müssen, wenn der Störer im Hauptsacheprozeß den geltend gemachten Anspruch sofort anerkennt. (§ 93 ZPO 20.)

Ganz überwiegend setzen sich allerdings Rechtsprechung und Literatur mit der Frage der Notwendigkeit der Abmahnung vor Stellen eines Verfügungsantrages -und nicht vor Klageerhebung- auseinander. Hier hat die Frage der Notwendigkeit der Abmahnung auch ihre eigentliche Brisanz. Ein Hauptsacheverfahren ist so zeitaufwendig, daß der mit einer vorhergehenden Abmahnung möglicherweise verbundene -relativ geringe- Zeitverlust für den Kläger bei weitem nicht so stark ins Gewicht fällt wie für den Antragsteller im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes. Aber auch im einstweiligen Verfügungsverfahren besteht zugunsten des Antragsgegners nach herrschender Meinung das Kostenprivileg des § 93 ZPO. Will sich nämlich der Antragsgegner einer einstweiligen Verfügung nur gegen die Kostenbe-

-
- 20.) OLG Düsseldorf NJW 1970, 335; OLG Frankfurt DB 1972, 379; OLG Karlsruhe MDR 1976, 497; OLG Hamm DB 76, 1191; OLG Celle WRP 74, 155; KG WRP 74, 410 (412); OLG Stuttgart WRP 72, 213; Hartmann in Baumbach-Lauterbach § 93 Anm. 5; Zöllner § 93 Anm. 6; Thomas-Putzo § 93 Anm. 3a; Hiersemann NJW 1971 ff; v. Gamm NJW 61, 1048 ff.; Nordemann Rdn. 602; Wieczorek § 91 a B I a 1; Borck WRP 74, 241 ff; Emmerich § 19 Anm. 1; Dittmers NJW 1986, 2080, Amann 4.1.25.

lastung wenden, dann kann er seinen Widerspruch (§§ 936, 924 ZPO) auch auf diese Kosten -sogenannter Kostenwiderspruch- beschränken. Das mit dem Kostenwiderspruch eingeleitete Verfahren hat dann nur noch diese Kostentragungspflicht zum Streitgegenstand und führt in vielen Fällen ebenfalls über § 93 ZPO zu einer Kostenauflegung zu Lasten des Antragstellers. 21.)

Die ganz herrschende Meinung im Wettbewerbsrecht läßt jedoch von dem aus § 93 ZPO entwickelten Abmahnungsgrundsatz Ausnahmen zu. 22.) Es lassen sich trotz regional unterschiedlicher Besonderheiten zwei Kriterien herausstellen, die ein Beurteilungsmaßstab dafür sind, ob eine Abmahnung entbehrlich ist oder nicht. Dies sind die vorauszusehende Erfolglosigkeit und die Unzumutbarkeit einer vorherigen Abmahnung. Daher kann von einer Abmahnung abgesehen werden, wenn das dem verletzten Mitbewerber erkennbare Verhalten des Störers unter vernünftiger Wür-

21.) Sommermeyer MDR 1970, 289; Schneider MDR 1986, 267: Danach sei jedoch streitig, ob auch die vom Rechtsanwalt des Widerspruchsführers verdiente Prozeßgebühr nur nach dem Kostenwert oder nach dem ursprünglichen Verfügungswert zu berechnen sei.

Terplitzky DRIZ 1982, 45; Ahrens Wettbewerbsverfahrensrecht S. 134

22.) a.A.: OLG München WRP 76, 331; OLG Hamburg GRUR 1973, 50

digung aller Umstände den Schluß rechtfertigt, der Abmahnende werde ohne Anrufung der Gerichte seinen begründeten Anspruch nicht durchsetzen können, weil eine vorherige Abmahnung von vornherein als aussichtslos erscheint oder in einem so geringen Maße als erfolgversprechend angesehen werden kann, daß die mit einer vorherigen Abmahnung notwendig werdende Verzögerung unter Berücksichtigung der im konkreten Fall gegebenen Eilbedürftigkeit nicht mehr als zumutbar anzusehen ist. 23.) So wurde von der Rechtsprechung in folgenden Einzelfällen eine Abmahnung für entbehrlich erachtet:

- bei kurzen Werbeaktionen 24.)
- bei besonderen Eilsachen 25.)
- bei Eröffnungsveranstaltungen 26.)
- bei vorsätzlichen Verstößen 27.)
- bei bewußt hartnäckigen Verletzern
und besonders groben Verstößen
28.)

-
- 23.) OLG Hamburg WRP 74, 632; OLG Düsseldorf WRP 76, 699; OLG Celle WRP 75, 242; OLG München WRP 82, 600 ausführlich dazu: Przygodda WRP 72, 409 ff.
- 24.) KG WRP 1971, 375, 376, OLG Hamburg WRP 69, 456
- 25.) OLG Hamburg WRP 72, 262; OLG Hamm WRP 78, 225, 226
- 26.) OLG Düsseldorf WRP 71, 74 (75)
- 27.) OLG Düsseldorf WRP 76, 699; OLG Köln WRP 77, 276; OLG Hamm WRP 79, 805, 806; OLG Frankfurt WRP 85, 87, 88
- 28.) OLG Stuttgart WRP 70, 403, 405; OLG Hamburg WRP 74, 632; OLG Düsseldorf NJW 1970 335; OLG Köln WRP 1984, 295 ff

-bei erfolgloser Abmahnung durch Dritte 29.)

Trotz dieser zahlreichen Ausnahmetatbestände muß aber darauf hingewiesen werden, daß diese nichts daran ändern, daß in der Praxis die Abmahnung gleichwohl einem Prozeß bzw. einstweiligen Verfügungsverfahren in der Regel de facto vorgeschaltet wird. Denn schon aus Vorsichtsgründen wird ein mit der Geltendmachung eines wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs beauftragter Rechtsanwalt zumindest kurzfristig den Störer abmahnen, um etwaigen Kostennachteilen seines Mandanten gem. § 93 ZPO und damit möglichen eigenen Schadenersatzverpflichtungen gegenüber seinem Auftraggeber zu begegnen. Die zitierten Ausnahmefälle dürfen nämlich nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Rechtsprechung diese nicht einheitlich behandelt. So soll selbst bei bewußt rechtswidrigem Handeln des Verletzers eine Abmahnung noch erforderlich sein 30.), weil möglicherweise die Einsichtsfähigkeit bei diesem Störer größer sei als bei demjenigen, der nur versehentlich infolge Unkenntnis unlauter wirbt.

29.) OLG Bremen WRP 70 142, 143;
Vgl. im übrigen die ausführliche
Dokumentation Traub S. 11 ff

30.) OLG Karlsruhe WRP 1986, 165
(166)

Von der herrschenden Meinung, die eine "Abmahnungsnotwendigkeit" unter kostenrechtlichen Gesichtspunkten befürwortet, wird nur ganz vereinzelt abgewichen. Nach Auffassung des LG Berlin 31.) trifft den Antragsteller im einstweiligen Verfügungsverfahren wegen Unterlassen von Verstößen keine "Abmahnungslast". Dies ergebe sich aus dem gesetzlichen Verhältnis zwischen § 91 ZPO und § 93 ZPO, wobei die Abwägung der Interessen, die nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb zu berücksichtigen seien, das gesetzliche Verhältnis von Regel -Kostenlast des Unterlegenen, § 91 ZPO- und Ausnahme -keine Veranlassung zur Klageerhebung, § 93 ZPO- nur bestätige. Es sei insbesondere kein Rechtssatz des Gewohnheitsrechtes feststellbar, wonach im Wettbewerbsprozeß grundsätzlich derjenige, der eine einstweilige Verfügung ohne vorherige Verwarnung erwirke, die Kosten gemäß § 93 ZPO tragen müsse.

Dieses Urteil hielt allerdings einer Überprüfung in der II. Instanz nicht stand. Das Berufungsgericht folgte der herrschenden Meinung, daß eine Abmahnung - auch bei Ablehnung einer besonderen Rechtspflicht zu ihrer Vornahme - stets auf Risiko des Klägers bzw. Antragstellers unterbleibe. Der Senat hielt an seiner auch bis dahin geübten Rechtsprechung

31.) LG Berlin WRP 74, 111 ff

fest, wonach auch im Wettbewerbsrecht ein Unterlassungsanspruch ohne das sich aus § 93 ZPO ergebende Kostenrisiko grundsätzlich erst dann gerichtlich geltend gemacht werden könne, wenn der Beklagte bzw. Antragsgegner zuvor erfolglos abgemahnt worden sei. 32.)

Auch in der Literatur wird vereinzelt die Lehre von der sogenannten Abmahnlast als als ein Irrtum bezeichnet. Danach begründet jeder, der unlauter werbe, gegen sich einen Anspruch auf Unterlassung. Dieser sei in der Form der Deliktsobligation über § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 1, 3 UWG sofort - gemeint ist wohl ohne Möglichkeit des § 93 ZPO - fällig. 33.)

Was mit dieser, offensichtlich auf eine wettbewerbsrechtliche Gefährdungshaftung hinauslaufenden These gemeint ist, wird an anderer Stelle noch zu behandeln sein. 33a.) Für die hier vorgenommene Untersuchung soll von der absolut herrschenden Meinung ausgegangen werden, daß nämlich der verletzte Mitbewerber und auch die Wettbewerbsverbände vor Einleitung gerichtlicher Maßnahmen den Störer aus Kostengründen - von Ausnahmen abgesehen - stets abmahnen müssen.

Wenngleich in der Praxis eine hohe Zahl von Wettbewerbsverstößen bereits im vorprozessualen Raum durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung erledigt wird, führt dies häufig zu keiner Streitbeilegung zwischen den Par-

32.) KG WRP 74, 410 ff

33.) Vogt NJW 1980, 1499 ff

33a) vgl. 4. Teil A), C)

teilen. Die Praxis zeigt nämlich, daß der auf Unterlassung in Anspruch genommene Störer die ihm übermittelte strafbewehrte Unterlassungserklärung häufig nur eingeschränkt unterzeichnet und es deshalb zu einem Prozeß - meist wegen der Kosten - kommt. Zwar erkennt er vielfach den Unterlassungsanspruch unter Übernahme eines Vertragsstrafeversprechens an, modifiziert aber den ihm vorgelegten Text der strafbewehrten Unterlassungserklärung dahin, daß er sich weigert, die von ihm verlangten Kosten zu tragen. Solche Kosten können den Verbänden bzw. Vereinen entstehen, insbesondere fallen sie aber auch dann an, wenn der verletzte Mitbewerber zur Abfassung des Abmahnschreibens einen Rechtsanwalt beauftragt hat. Derartige Folgeprozesse gibt es auch, wenn der Verwarnte zwar grundsätzlich die Kostentragungspflicht anerkennt, aber entweder die Streitwerthöhe, den Gebührenansatz oder sogar beides nicht akzeptieren will. Dem Mitbewerber oder dem Verband bleibt in diesen Fällen nichts anderes übrig, als diese Kosten in einem isolierten Prozeßverfahren geltend zu machen.

Für eine derartige Klage auf Zahlung der Kosten der Abmahnung kommt nach allgemeiner Meinung nur der Gerichtsstand des Beklagten in Betracht. 34.)

34.) LG Berlin WRP 79, 823; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann § 32 Anm. 3 a. E. "derjenige Ort, an dem lediglich Schadensfolgen eingetreten sind, ist kein Gerichtsstand nach § 32 ZPO"

Auf der anderen Seite sind jedoch auch Fälle denkbar und in der Praxis häufig, in denen ein Gewerbetreibender zu Unrecht auf Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung in Anspruch genommen wird, weil z.B. der Abmahnung überhaupt kein Wettbewerbsverstoß zugrunde liegt. Auch hier wird der vermeintliche Störer für den Fall anwaltlicher Beratung Aufwendungen geltend machen wollen.

Die vorliegende Untersuchung befaßt sich mit den Grundlagen der materiellrechtlichen Kostenhaftung hinsichtlich einer sowohl von einem Mitbewerber als auch von einer anderen berechtigten Institution im Sinne des § 13 UWG ausgesprochenen Abmahnung.

2. Teil

Der Kostenerstattungsanspruch hinsichtlich eines Abmahnschreibens

Ist der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch gerichtlich geltend gemacht worden, so sieht die ZPO für die verschiedenen Möglichkeiten des Ausgangs des Prozesses, z.B. durch Urteil, Erledigung der Hauptsache, Klagerücknahme, konkrete Regelungen über die Kostentragungspflicht der Parteien in den §§ 91 ff., 269 Abs. 3 ZPO vor. Danach sind in der Regel der obliegenden Partei die Kosten zu erstatten, soweit sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren. Dem Prozeßgewinner steht insoweit ein prozessualer Kostenerstattungsanspruch zu, der die notwendigen außergerichtlichen Aufwendungen, insbesondere auch Anwaltskosten, mitumfaßt.

Wenn der verletzte Mitbewerber bereits vor Einleitung gerichtlicher Schritte den Störer ohne Erfolg auf Unterlassung in Form eines Abmahnschreibens in Anspruch genommen hat, so gehen diese Kosten der außergerichtlichen Abmahnung in den Kosten des anschließenden Prozeßverfahrens auf, weil insoweit ein innerer Zusammen-

hang im Sinne des § 118 Abs. 2 BRAGO besteht. 35.)

Wenn sich allerdings der geltend gemachte Unterlassungsanspruch -wie vorliegend angenommen- bereits vor Klageerhebung durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung erledigt und es deshalb zu keinem Prozeß kommt, kann die Erstattung der Abmahnkosten -jedenfalls unmittelbar- nur aufgrund materiellrechtlicher Bestimmungen verlangt werden. Es ist somit zwischen der prozessualen und der materiellrechtlichen Kostentragungspflicht zu unterscheiden. Während der verletzte Mitbewerber für den Fall einer gerichtlichen Auseinandersetzung und Auf-erlegung der Kosten zu Lasten des Störers einen Vollstreckungstitel in Form eines Kostenfestsetzungsbeschlusses erhält, ist er für den Fall, daß er den Störer außer-gerichtlich auf Unterlassung erfolgreich in Anspruch genommen hat und dieser sich weigert, entsprechende Kosten zu erstatten, auf einen gesonderten Prozeß angewiesen.

Die gleiche Prozeßlast trifft denjenigen, der wegen eines in Wirklichkeit nicht vorliegenden Wettbewerbsverstoßes - lediglich außerprossesual - zu Unrecht abgemahnt worden ist; auch dieser

35.) OLG Hamburg MDR 81, 944= WRP 81, 470; OLG Hamburg WRP 82, 477 (478); OLG München WRP 82, 542; AG Brilon Urteil vom 23.07.1985 AZ: -2 C 305/85-; Pastor S. 178: "Der prozessuale Kostenerstattungsanspruch des 91 ZPO absorbiert den materiellen Kosten-schaden."

kann nur bei Vorliegen einer materiell-rechtlichen Verpflichtung des erfolglos Abmahnenden Kostenerstattung verlangen.

§ 1: Ansprüche der Mitbewerber

Bei der vorliegenden Untersuchung materiellrechtlicher Kostenerstattungsansprüche soll zunächst einmal davon ausgegangen, daß der Störer von einem Mitbewerber durch Einschaltung eines Rechtsanwaltes abgemahnt und zugleich aufgefordert worden ist, die entsprechenden Kosten zu tragen.

Der Kreis dieser geschützten Mitbewerber ist sehr weit gezogen. Die Anspruchsberechtigung setzt nicht voraus, daß der Mitbewerber durch den Wettbewerbsverstoß Nachteile erleidet oder dem Verletzer auf dem Markt überhaupt begegnet. Ausreichend ist vielmehr schon jede abstrakte und nur denkbare Gefährdung, die sich daraus ergibt, daß er sich auch auf dem gleichen oder einem verwandten Gebiet wie der Verletzer betätigt. 36.)

Kommt es infolge der vom Störer abgegebenen Unterwerfungserklärung nicht zu einem gerichtlichen Verfahren, so stellt sich die Frage, ob und aufgrund welcher Anspruchsgrundlagen der abmahnende Mitbe-

36.) BGH GRUR 1957, 342; KG WRP 75, 448;
Melullis WRP 84, 4

werber die Kosten der Abmahnung vom Störer erstattet verlangen kann.

A.) Verzug

Ansprüche aus Verzug scheiden bereits deshalb aus, weil es um die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen geht und bei solchen Ansprüchen der Verzug schon begrifflich nicht möglich ist.³⁷⁾

Wenn jemand gegen eine Unterlassungsverpflichtung verstoßen hat, so ist seine Leistungsverpflichtung für die Zeit der Zuwiderhandlung nicht nachholbar. Demzufolge ist insoweit -zumindest für die Vergangenheit- Unmöglichkeit eingetreten.

Aber auch unter einem anderen Gesichtspunkt können die Abmahnkosten nicht als Verzugsschaden gemäß § 286 Abs. 1 BGB geltend gemacht werden. Erstattungsansprüche dieser Art scheitern daran, daß es in der Regel erst die betreffende Abmahnung selbst ist, die einen Verzug auslösen könnte. Die Kosten dieser den Verzug erst begründenden Erstmahnung kann der Gläubiger grundsätzlich nicht ersetzt verlangen, weil sie nicht durch den Verzug verursacht worden sind. ^{38.)} Soweit allerdings der BGH ^{39.)} Verzugsansprüche mit dem Hinweis verneint, es bestehe keine Pflicht des Störers zur Abgabe einer

37.) h M: Pastor S. 8; Hierseemann NJW 1971, 777 (780); OLG Stuttgart BB 1967, 1393

38.) Palandt-Heinrichs § 286 2 I c) bb; Münchner Kommentar/Walchshöfer § 286 Rdn. 7; BGH NJW 1985, 324; OLG Köln VersR 76, 1105

39.) BHGZ 52, 393 (398)

Unterlassungserklärung, mit der er in Verzug geraten könnte, so ist dieser ablehnenden Argumentation entgegenzuhalten, daß es hier nicht um die verzögerliche Erfüllung eines Anspruchs auf Abgabe einer Unterwerfungserklärung geht, sondern allein um den Unterlassungsanspruch selbst und darum, ob der Störer mit dieser Erfüllung in Verzug geraten kann.

B.) Unmöglichkeit

Wenn zwischen dem verletzten Mitbewerber und dem Störer ausnahmsweise konkrete wettbewerbliche Vereinbarungen des Inhalts getroffen worden sind, nicht gegen Bestimmungen des UWG zu verstoßen, kann der Gläubiger für den Fall der Zuwiderhandlung die ihm entstandenen Abmahnkosten als Schadensersatz wegen Nichterfüllung gem. § 325 Abs. 1 BGB geltend machen. Zwar kann der Störer aufgrund des Dauerschuldverhältnisses in Zukunft wieder vertragstreue sein, für die Vergangenheit ist allerdings Teilunmöglichkeit eingetreten. 39a.)

Da die Mitbewerber nur in den seltensten Fällen Absprachen dergestalt treffen, konkrete wettbewerbliche Vereinbarungen einzuhalten, dürften vertragliche Ansprüche nur von untergeordneter Bedeutung

39a.) BGH WPM 1983, 170; BGHZ 52 398

Palandt-Heinrichs § 284 Anm. 1b

sein 40.)).

C.) Deliktische Ansprüche

Bei der Prüfung von Schadensersatzansprüchen stellt sich zunächst einmal die Frage nach spezialgesetzlichen Schadensersatznormen.

I. Spezialnormen aus dem UWG

1. Haftungstatbestand

Als derartige Spezialnormen kommen §§ 1, 13 Abs. 6, 14, 16 Abs. 2, 19 UWG in Betracht. Es unterliegt keinem Zweifel, daß insbesondere aus der Generalklausel des § 1 UWG in Verbindung mit § 13 Abs. 6 UWG Schadensersatzansprüche entstehen können, wenn der Störer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten und damit gegen das Wettbewerbsrecht verstoßen.

2. Verschulden

Eine deliktische Inanspruchnahme des Störers setzt allerdings Verschulden voraus.^{40a)}

40.) vgl. auch Schulte GRUR 1980, 470:

40a) hM: Gloy - Melullis § 20 Rdn. 35
m.w.N.; Emmerich § 17 5a

Dabei genügt jedes Verschulden im Sinne des § 276 BGB, d. h. der Störer muß vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben. Im Wettbewerbsrecht ist ein Verschulden regelmäßig dann anzunehmen, wenn der Handelnde alle Tatumstände gekannt hat, die sein Verhalten als unlauter erscheinen lassen. 41.) Eine Ausnahme gilt etwa dann, wenn man sich auf ein höchstgerichtliches Urteil verläßt, auch wenn dieses in der Literatur bekämpft, aber vom Bundesgerichtshof noch nicht revidiert worden ist, oder wenn es sich um die wettbewerbsrechtliche Beurteilung schwieriger, neuer Tatbestände handelt, für die die Rechtsprechung noch keine festen Grundsätze entwickelt hat. 42.)

Im übrigen ist aber bei umstrittenen Rechtsfragen Vorsicht geboten: Der Handelnde darf in solchen Fällen selbst dann nicht einfach die ihm günstige Rechtsansicht zugrunde legen, wenn sie von namhaften Fachjuristen oder einzelnen Instanzgerichten geteilt wird. Selbst das gleichgesinnte Berufungsurteil soll ihn nicht entschuldigen. 43.) Das Risiko ei-

41.) BHG GRUR 1969, 418 (422)

42.) BGH a.a.O.; BGH GRUR 61, 97 (99);
BGH GRUR 69, 418 (422)

43.) BGH GRUR 1965, 198 (202)

nes Rechtsirrtums trägt der Rechtsverletzer grundsätzlich selbst ^{44.)}. Ein Verschulden ist deshalb in den meisten Fällen anzunehmen, wenngleich bereits hier darauf hingewiesen werden soll, daß insbesondere auch dann Fälle ohne Verschulden denkbar sind, wenn es sich um die bereits erwähnte Beurteilung neuer Tatbestände handelt oder sich der Störer auf ein bisher nicht anders entschiedenes Urteil eines Oberlandesgerichts stützen kann.

3. Erstattung von Rechtsanwaltskosten als adäquat kausaler Schaden

Ist der Störer zum Schadensersatz verpflichtet, so sind grundsätzlich gemäß § 249 BGB auch die dem Verletzten entstandenen Rechtsanwaltskosten zu ersetzen. Für den Bereich der unerlaubten Handlungen ist in der Rechtsprechung des BGH seit langem anerkannt, daß dem Geschädigten grundsätzlich auch die bei der Verfolgung seines Unterlassungsanspruchs entstehenden Rechtsanwaltskosten als adäquater und dem Schädiger zurechenbarer Folgeschaden zu ersetzen sind. ^{45.)}

44.) BGH GRUR 1965, 667 (669)

45.) BGHZ 30, 154 (157) = NJW 1959, 1631; BGHZ 39, 60 ff. = NJW 1963, 637; BGH NJW 1968, 2384 = VersR 1968, 1145; BGH VersR 70, 41 (42); zuletzt: BGH NJW 86, 2243 (2244); Pastor S. 178

Nur in Ausnahmefällen kann die Einschaltung eines Rechtsanwalts einen Verstoß gegen die dem Abmahnenden gemäß § 254 Abs. 2 BGB obliegende Schadensminderungspflicht beinhalten, zumal die Einschaltung eines Anwalts nicht voraussetzt, daß es sich um einen besonders schwierig gelagerten Fall handelt. 46.)

Wenn der Gläubiger allerdings an seine Abmahnung einen Kostenerstattungsanspruch gegen den Abgemahnten knüpfen will, muß er die angegriffene Werbung hinsichtlich aller darin enthaltenen, möglichen Verstöße überprüfen und alle erkannten Verstöße auch zugleich abmahnen 47.), so daß eine nochmalige Abmahnung aufgrund eines weiteren Wettbewerbsverstoßes in der gleichen Werbung und ein entsprechendes Kostenerstattungsverlangen rechtsmißbräuchlich sein kann. 48.) Das ist aber nicht der Fall, wenn der nächträglich abgemahnte Verstoß einen anderen bislang nicht erkannten und deshalb unberücksichtigten rechtlichen Gesichtspunkt enthält. Wird jedoch wegen einer einheitlichen Werbung sukzessive abgemahnt, obwohl eine einzige Abmahnung mit mehreren Beanstan-

46.) Mü.-Komm.-Grunsky § 254 Rdn. 54;
a. A.: AG Paderborn Urteil vom
23.05.1986, AZ 6 C 15/86-: "Kauf-
leute müssen selbst Kenntnisse auf
dem Gebiet des Wettbewerbsrechts
haben."

47.) OLG Stuttgart WRP 1983, 362; LG Ham-
burg WRP 83, 449 (451);

48.) LG Hamburg WRP 1983, 239 (249)

dungen möglich gewesen wäre, sind die einzelnen Abmahnungen kostenmäßig als Einheit zu behandeln, gegebenenfalls unter Zugrundelegung eines gegenüber der ersten Abmahnung erhöhten Streitwerts. 49.)

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß in den Fällen der nachgewiesenen schuldhaften Wettbewerbsverstöße eine Kostenerstattungspflicht für ein wettbewerbsrechtliches Abmahnschreiben gemäß §§ 1, 13 Abs. 6 UWG gegeben ist.

II. Unlautere Werbung als Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, § 823 Abs. 1 BGB; § 823 Abs. 2 BGB iVm Bestimmungen des UWG

Ob darüber hinaus eine Schadensersatzverpflichtung des Störers gemäß § 823 Abs. 1 BGB wegen eines Eingriffs in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in Betracht kommt, ist fraglich. Das Recht am Unternehmen wird von der Rechtsprechung und nahezu einhelligen Rechtslehre dem Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB als sonstiges Recht zugeordnet. 50.) Es soll den gewerblichen Tätigkeits-

49.) OLG Hamburg WRP 1983, 239, 240

50.) RGZ 58, 23 (29); BHGZ 69, 128 (138) = NJW 1977, 1875 (1877); Fikentscher § 103 Abs. 2; Mü.-Komm.-Mertens § 823 Rdn. 484 m.w.N.; a. A.: Medicus Rdn. 611, 614: Danach könne der Gewerbebetrieb nicht in seinem Bestand, sondern nur bestimmte Verhaltensweisen geschützt werden.

kreis des Unternehmers gegen unmittelbar schädigende Eingriffe in sein Gewerbe absichern. Zum Schutzbereich gehört nicht nur der Bestand des Unternehmens, sondern die gesamte unternehmerische Tätigkeit in ihren einzelnen Ausprägungen 51.).

Es handelt sich somit bei dem Recht am Unternehmen um eine beschränkte deliktische Generalklausel, die dem Schutz der Grundlagen und des Freiheitsspielraumes der unternehmerischen Tätigkeit gilt. Dieses Recht am Unternehmen gilt aber nur als Auffangtatbestand; es soll den gesetzlichen Unternehmensschutz lediglich ergänzen und bestehende Haftungslücken ausfüllen 52.). Der Rückgriff hierauf ist daher grundsätzlich verwehrt, soweit sich aus Sondervorschriften, zu denen auch die Bestimmungen des UWG gehören, 52a) ein ausreichender Rechtsschutz ableiten läßt. Im Bereich des Wettbewerbsrechts ist § 823 Abs. 1 BGB also nur dort von Bedeutung, wo das UWG keinen Schutz bietet.

51.) Mü.-Komm.-Mertens § 823 Rdn. 485
m.W.N.

52.) BGHZ 65, 325 (328); BGH NJW 1976,
620, 621 m.w.N.
nach BGHZ 36, 252 (257) sind diese
Ansprüche gegenüber dem UWG subsidiär

52a) Gloy-Melullis § 20 Rdn. 5; Emmerich
§ 17 5c (am Ende)

Nach alledem braucht an dieser Stelle der Untersuchung nicht entschieden zu werden, ob wettbewerbswidriges Verhalten zugleich einen Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Mitbewerbers beinhaltet. Das UWG hat insbesondere in § 13 Abs. 6 eine Schadensersatznorm und damit ein Spezialgesetz geschaffen, so daß der Unternehmensschutz des § 823 Abs. 1 BGB gegenüber dieser Norm subsidiär ist.

Es sei aber bereits hier darauf hingewiesen, daß in der Rechtsprechung für den umgekehrten Fall der unberechtigten Abmahnung wegen angeblicher Verletzung von gewerblichen Schutzrechten teilweise angenommen wird, daß es sich hierbei um einen unmittelbaren Eingriff in den Gewerbebetrieb des auf Unterlassung in Anspruch Genommenen handelt, der wiederum zum Schadensersatz verpflichtet 53.).

Eine Gleichstellung von Schadensersatzansprüchen wegen außergerichtlicher Abmahnkosten mit den Kosten einer unberechtigten Verwarnung ist hier jedoch nicht angezeigt. Im umgekehrten Fall, nämlich dem einer ungerechtfertigten Abmahnung, fehlt es an gesetzlichen Bestimmungen im UWG und damit muß - gegebenenfalls - das Institut des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes für diesen Fall fehlende gesetzliche Regelungen ausfüllen.

53.) BGH GRUR 1963, 255 ff; GRUR 1976, 715; vgl. dazu näher 3. Teil C II

Bei der Geltendmachung von Abmahnkosten braucht deshalb die Frage nicht entschieden zu werden, ob diese Abmahnkosten gemäß § 823 Abs. 1 BGB zu erstatten sind. Dagegen kommt eine Kostenerstattungspflicht gemäß § 823 Abs. 2 BGB iVm den verletzten Bestimmungen des UWG als Schutzgesetz zwar grundsätzlich in Betracht, ist aber gegenüber diesen wettbewerbsrechtlichen Spezialbestimmungen subsidiär, da ansonsten die Regeln im UWG über Verjährung (§ 21 UWG) und Gerichtsstand (§ 24 UWG) schlicht obsolet wären. 53a)

III. Rechtslage bei zeitlich früherer Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung gegenüber Dritten

Wie die Praxis der letzten Jahre zeigt, verweigert vielfach der auf Unterlassung in Anspruch genommene Mitbewerber die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung unter Berufung darauf, daß er bereits gegenüber einem Dritten eine Erklärung gleichen Inhalts abgegeben habe. Aus demselben Grund lehnt er die Übernahme weiterer durch die zweite Abmahnung entstandener Kosten ab.

Bereits früher gehörte dieser Einwand zum Standardrepertoire eines Wettbewerbsstörers, indem dieser damit die Beseitigung der für einen Unterlassungsanspruch notwendigen Wiederholungsgefahr behauptete. Im folgenden soll der Frage nachgegangen werden, welche Bedeutung die Wiederholungsgefahr im Wettbewerbsrecht besitzt.

53a) Emmerich § 17 5e); Hierseemann NJW 1971, 780

Sodann stellt sich die Frage, welche Anforderungen an die Beseitigung der Wiederholungsgefahr zu stellen sind, und schließlich, welche Auswirkung der etwaige Wegfall der Wiederholungsgefahr auf die untersuchte Schadensersatzverpflichtung hat.

1. Bedeutung der Wiederholungsgefahr

Eine Wiederholungsgefahr liegt bereits vor, wenn der Mitbewerber objektiv gegen Wettbewerbsnormen verstoßen hat. Bei einem wettbewerbswidrigen Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs besteht eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr^{54.)}. Diese tatsächliche Vermutung wird damit begründet, daß in aller Regel nichts dafür spricht, daß ein Wettbewerber, dem ein Wettbewerbsverstoß anzulasten ist, es bei dieser einmaligen Verfehlung bewenden läßt, zumal er sich von ihr einen irgendwie gearteten wirtschaftlichen Vorteil verspricht. Bleibt sein Tun ungeahndet, verführt gerade dies zur Wiederholung. Im Verfahren der einstweiligen Verfügung bedarf es daher grundsätzlich keiner Glaubhaftmachung drohender weiterer Verstöße. Vielmehr genügt es, wenn der verletzte Mitbewerber die beanstandete konkrete Verletzungshandlung als solche schlüssig darlegt, ihre erfolgte Vornahme glaubhaft

54.) BGH GRUR 1959, 544 (547); BGH GRUR 1965, 198 (202); BGH GRUR 1970 558 (559); BGH GRUR 1972, 550 (551); Gloy § 68, Rdn. 2; Baumbach-Hefermehl Einleitung UWG Rdn. 250, 252 m.w.N.; Nordemann 559

macht und die Behauptung aufstellt, der auf Unterlassung in Anspruch genommene Konkurrent werde sein Verhalten fortsetzen bzw. wiederholen 55.).

2. Wiederholungsgefahr als prozessuale oder materiellrechtliche Voraussetzung des Unterlassungsanspruchs

Die Frage, ob die Wiederholungsgefahr als Rechtsschutzbedürfnis für die Unterlassungsklage oder den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung einzustufen ist oder ob sie zur materiellrechtlichen Klagebegründung gehört, ist umstritten. Nach einer nur noch vereinzelt vertretenen Auffassung führt die die Wiederholungsgefahr ausräumende Unterlassungserklärung zum Wegfall des für eine Unterlassungsklage oder eines Antrages auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung erforderlichen Rechtsschutzbedürfnisses 56.). Demgegenüber hat der BGH bereits im Jahre 1972 57.) klargestellt, daß es sich bei der Wiederholungsgefahr nicht um ein Element des Rechtsschutzbedürfnisses und damit um eine Prozeßvoraussetzung, sondern um eine materiellrechtliche Anspruchsvoraussetzung handelt. Die praktische Bedeutung dieses Zuordnungsproblems erscheint gering. Sie erschöpft sich im wesentlichen in der Entscheidung, ob die Klage bei fehlender Wiederholungsgefahr als unzulässig oder

55.) Vgl. Nirk/Kurtze Rdn. 280

56.) OLG Hamm WRP 85, 437; Baumbach-Lauterbach 30. Aufl. Grundzüge vor § 293 ZPO Anm. 5 A

57.) BGH GRUR 1973, 208

zwar als zulässig, aber unbegründet abzuweisen ist. Gleichwohl spricht vieles für die Richtigkeit der BGH-Entscheidung. Wie nämlich der BGH treffend formuliert, ergibt sich das Rechtsschutzinteresse regelmäßig aus der Nichterfüllung des behaupteten materiellrechtlichen Anspruchs, dessen Vorliegen für die Prüfung des Interesses an seiner gerichtlichen Durchsetzung zu unterstellen ist. Das Rechtsschutzbedürfnis setzt lediglich voraus, daß der Klageanspruch schlüssig behauptet wird und kein einfacherer und billigerer Weg für den Kläger bzw. Antragssteller besteht, zu demselben Ergebnis zu gelangen 58.)

Wenn keine ernsthafte Gefahr der Wiederholung besteht, kann es keinen Anspruch auf Unterlassen geben. Diese Frage gehört dem materiellen Recht an.

3. Anforderungen an die Beseitigung der Wiederholungsgefahr

An die Beseitigung der Wiederholungsgefahr haben Rechtsprechung und Literatur seit jeher strenge Anforderungen gestellt. Regelmäßig bedarf es einer -durch Übernahme einer angemessenen Vertragsstrafe gesicherten- Unterlassungspflichtung. Die Abgabe einer Erklärung ohne Vertragsstrafeversprechen reicht

58.) BGHZ 55, 201, 206; Terplitzky GRUR 83, 609 Borck NJW 1981, 2721: Wiederholungsgefahr ist Frage des materiellen Rechts

regelmäßig nicht aus. Sie kann auch nicht von Bedingungen abhängig gemacht werden 59.).

So beseitigt eine strafbewehrte Unterlassungserklärung nicht die Wiederholungsgefahr, wenn das Vertragsstrafversprechen von der Bedingung abhängig gemacht wird, daß dem Gläubiger durch höchstrichterliche Rechtsprechung das Recht zugestanden worden ist, Vertragsstrafen in der genannten oder in einer anderen Höhe zu erheben, selbst wenn die Bedingung nachträglich dahin gedeutet wird, daß bei Geltendmachung der Vertragsstrafe die Klagebefugnis des Gläubigers nach § 13 Abs. 1a UWG (a.F.) feststehen muß. Dies gilt auch dann, wenn der Gläubiger dem Abgemahnten gegenüber seine Klagebefugnis bzw. Abmahnberechtigung nicht näher dargelegt hat 60.).

Unzureichend ist auch eine Unterwerfungserklärung unter der Bedingung, daß sich der Gläubiger an den durch die Abmahnung entstandenen Kosten beteiligt 61.). Ferner braucht sich der Abmahnende auch nicht auf einen Schriftwechsel über die Begründetheit seines Unterlassungsanspruchs einzulassen, wenn der Abgemahnte

59.) Vgl. v. Gamm: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb § 1 Rdn. 298 m.w.N.; OLG Stuttgart WRP 80 508 (509); OLG Köln WRP 82, 669; OLG Hamburg WRP 84 564; zuletzt KG WRP 87, 322: "Unter Widerrufsvorbehalt"

60.) OLG Stuttgart WRP 84, 49

61.) OLG Stuttgart WRP 82, 295

im Hinblick auf diesen eine zeitweise Unterlassung der Werbung anbietet 62.).

Die im Hinblick auf die Untersuchung maßgebliche Frage lautet aber, ob auch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung gegenüber Dritten die Wiederholungsgefahr beseitigt. Nach früher herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur sollte eine derartige anderweitige Erklärung nicht ausreichend sein, um die Wiederholungsgefahr auch gegenüber den anderen Verletzten zu beseitigen 63.).

In der Literatur wurde allerdings bereits früh 64.) darauf hingewiesen, daß eine Prüfung des Einzelfalles durchaus den Schluß rechtfertigen könne, daß das von einem Dritten erwirkte Verbot oder die ihm gegenüber erklärte Unterwerfungserklärung die Wiederholungsgefahr beseitige. Diese vom Präsidenten des 1. Senats des BGH und damit des Wettbewerbssenats vertretene Auffassung fand konsequenterweise ihren Niederschlag in dem Urteil

62.) OLG Hamburg WRP 1986, 292

63.) Baumbach-Hefermehl Einleitung UWG Rdn. 260 g; Nirck/Kurtze Rdn. 284; Pastor S. 112; Nordemann 2. Aufl. Rdn. 566, jetzt 4. Aufl.: nur Hinweis auf BHG-Rechtssprechung ohne eigene Stellungnahme; OLG München WRP 75, 683; 80, 285

64.) v. Gamm § 1 Rdn. 298

des BGH vom 02.12.1982 65.). Danach ist die im Wettbewerbsrecht grundsätzlich zu vermutende Wiederholungsgefahr mit Wirkung gegenüber jedem der durch die Verletzungshandlung Betroffenen beseitigt, wenn das erste Unterlassungsversprechen als ernst gemeint und hinreichend strafbewehrt zu beurteilen ist. Dies hat der BGH dann bejaht, wenn die strafbewehrte Unterlassungserklärung gegenüber einem Verband abgegeben worden ist 66.). Offen geblieben ist allerdings die Frage, ob auch die einem Mitbewerber gegenüber abgegebene Erklärung die Wiederholungsgefahr beseitigt. Die Entscheidung darüber wird dem Einzelfall überlassen bleiben müssen, wobei es in erster Linie auf die Ernsthaftigkeit der Unterwerfungsklausel ankommt. Es sind allerdings keine Gründe dafür ersichtlich, warum die gegenüber einem seriösen Mitbewerber abgegebene strafbewehrte Unterlassungserklärung nicht ernst gemeint sein soll. Dieser Fall ist genau so gelagert, wie wenn eine Erklärung gleichen Inhalts gegenüber einem als seriös einzustufenden Verband abgegeben wird.

65.) BGH NJW 1983, 1060 = GRUR 1983, 186 ff. = WRP 1983, 264 ff.;
Terplitzky GRUR 83, 609 (610) stellt klar, daß bereits schon die Abgabe und nicht erst die Annahme einer unbefristeten und vorbehaltlosen strafbewehrten Unterlassungserklärung die Wiederholungsgefahr entfallen läßt.

66.) BGH a.a.O.

Der BGH hat ferner auch gut daran getan, hier keine feste Regel dahin aufzustellen, daß stets bei Unterwerfung gegenüber Dritten die Wiederholungsgefahr als beseitigt gilt. Ansonsten hätte die Entscheidung zu Manipulationen von Unterwerfungserklärungen führen können, indem der Störer eine rückdatierte Erklärung gegenüber einem fingierten Verein oder einem Mitbewerber (möglicherweise Verwandter oder Schwiegermutter) präsentiert. Der BGH hat offensichtlich diese Gefahr gesehen und deshalb zu Recht keine allgemeine Feststellung des Inhalts getroffen, daß mit der Drittunterwerfung die Wiederholungsgefahr generell gegenüber jedermann ausgeräumt ist.

Auch im übrigen ist der neuen BGH-Rechtsprechung zu folgen. Der mit der Abmahnung verfolgte Unterlassungsanspruch ist auf das Ziel gerichtet, die Wiederholung solcher Verstöße in Zukunft zu verhindern. Wenn eine derartige Wiederholungsgefahr durch erstgemeinte, strafbewehrte Unterlassungserklärungen beseitigt worden ist, so muß dies konsequenterweise mit der BGH-Rechtsprechung gegenüber jedermann gelten. Die Annahme, daß die Wiederholungsgefahr nur zwischen diesen beiden Mitbewerbern bzw. Kontrahenten beseitigt wird, würde zu dem kuriosen Ergebnis führen, daß der Begriff der Wiederholungsgefahr teilbar bzw. relativer Natur wäre. Entweder ist aber für eine einmalig begangene wettbewerbswidrige Handlung die Wiederholungsgefahr als beseitigt zu betrachten oder sie wirkt weiterhin fort.

Diese Beurteilung kann nur mit Wirkung gegenüber jedermann vorgenommen werden und nicht im Rahmen eines Zweipersonenverhältnisses. §§ 1, 3 UWG schützen auch die Interessen der Allgemeinheit/Öffentlichkeit und sind damit Bestandteil des Verbraucherschutzes. Wenn der Störer bereits eine anderweitige Unterlassungserklärung abgegeben hat, ist der Schutz der Allgemeinheit gewahrt und damit die Wiederholungsgefahr beseitigt. Der Störer braucht damit keine weitere strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben.

4. Wegfall der Wiederholungsgefahr und Auswirkung auf die Schadensersatzverpflichtung

Es stellt sich unter Berücksichtigung der neuen BGH-Entscheidung die Frage, welches Schicksal derjenige erleidet, der seinen Mitbewerber anwaltlich zur Abgabe einer weiteren strafbewehrten Unterlassungserklärung in Unkenntnis dessen auffordern läßt, daß bereits gegenüber einem Dritten eine Verpflichtung gleichen Inhalts geleistet wurde. Die Untersuchung hat bisher gezeigt, daß der Störer wegen der Beseitigung der Wiederholungsgefahr dem Verlangen nach Abgabe einer weiteren Unterlassungserklärung nicht Rechnung tragen muß; ob dies auch für den mit der Abmahnung verbundenen Kostenerstattungsanspruch gilt, bedarf einer näheren Prüfung.

a. Kurze Zusammenfassung des Literaturstandes

Mit den allgemeinen Auswirkungen der BGH-Entscheidung - allerdings ohne direkt auf die Frage der durch die Zweitabmahnung ausgelösten Kosten einzugehen - hat sich Tack befaßt.^{67.)}

Seine Unzufriedenheit mit dem BGH-Urteil gründet er darauf, daß die Erklärung gegenüber einem Dritten nicht ausreichend sei, weil der Verletzte meist weder den Vertragspartner der Erklärung noch dessen Ahnungs- und Verfolgungsbereitschaft näher kenne und mithin seine Ernsthaftigkeit nicht beurteilen könne. Ferner nehme der Zweitabmahner auf die Durchsetzung einer etwaigen Vertragsstrafe keinen Einfluß; er werde deshalb in systemwidriger Weise mit seinem Anspruch rechtlos gestellt.

Dem ist allerdings entgegenzuhalten, daß der BGH gerade eine als ernst gemeinte Unterlassungserklärung verlangt und damit bestimmte Voraussetzungen an die Ahnungs- und Verfolgungsbereitschaft Dritter geknüpft hat. Die Auferlegung einer Vertragsstrafe in Höhe von 500,00 DM gegenüber einem Großunternehmer ist sicherlich nicht ernst gemeint und damit auch nicht geeignet, ihn von weiteren, zukünftigen Verstößen dieser Art abzuhalten. Die Vertragsstrafe muß gerade so hoch sein, daß sie abschreckende Wirkung hat.

67.) Tack WRP 84, 455 ff

Hinzu kommt die Überlegung, daß der Zweitabmahner seinerseits in der Regel vom Verletzer darauf aufmerksam gemacht wird, wem gegenüber bereits eine Erklärung gleichen Inhalts abgegeben wurde. Er kann deshalb die Einhaltung der Unterlassungsverpflichtung beobachten und ist nicht völlig rechtlos gestellt. 68.) Denn selbst wenn man annimmt, daß eine erneute Abmahnung bei wiederholtem Verstoß erforderlich ist 69.), so kann der Mitbewerber den Erstabmahner auf einen eventuellen weiteren Verstoß hinweisen. Letzterer ist dann berechtigt, die entsprechende Vertragsstrafe zu verlangen. Im übrigen begründet ein erneuter Verstoß wiederum die Wiederholungsgefahr, weshalb der Mitbewerber auch seinerseits eine strafbewehrte Unterlassungserklärung verlangen kann.

Obwohl sich Tack ausführlich mit den Konsequenzen der BGH-Entscheidung befaßt hat, wurde die hier anstehende Problemstellung, nämlich das Schicksal der Kosten der Zweitabmahnung, nicht behandelt. Soweit ersichtlich, hat sich in der Literatur erst Borck 70.) mit den weiteren

68.) Borck WRP 78, 7 (9); Anm. WRP 83 266: Hier nimmt Borck sogar Anspruch des Zweitabmahners auf Zahlung der Vertragsstrafe an den Dritten an; allerdings ohne Begründung.

69.) OLG Hamburg WRP 73, 651 (652); OLG München WRP 70 35; OLG München WRP 75, 48; a.A.: OLG Frankfurt WRP 76, 775

70.) Borck Anm. BGH WRP 83, 265, 266

Konsequenzen im Hinblick auf die Kosten-
erstattung befaßt. Er weist darauf hin,
daß das Urteil bei den gewerbemäßigen
Wettbewerbshütern möglicherweise Unbe-
hagen auslösen kann, da sie doch in
Fällen von Mehrfachabmahnungen damit
rechnen müssen, daß ihnen eine zuvor
gegenüber einem Dritten abgegebene Unter-
werfungserklärung entgegengehalten wird
mit dem Bemerken, daß deshalb mangels
fortbestehender Störung auch kein Raum
für Kostenerstattung sei.

Borck hat allerdings den Kostenerstat-
tungsanspruch des Zweitabmahners nicht
unter dem hier in Rede stehenden scha-
densersatzrechtlichen Gesichtspunkt, son-
dern unter dem Aspekt der später noch zu
behandelnden Geschäftsführung ohne Auf-
trag (vgl. D) geprüft. Es stellt sich
hier deshalb die Frage, ob für den Fall
der Beseitigung der Wiederholungsgefahr die
Kosten des Zweitabmahners gleichwohl aus
§ 13 Abs. 6 UWG verlangt werden können.

b. Analyse

aa. Nichtigkeit des zwischen Zweitabmahner
und seinem Rechtsanwalt geschlossenen
Vertrages, § 306 BGB

Man könnte zunächst einmal daran denken,
daß der Störer die Kosten des Zweitabmah-
ners deshalb nicht zu erstatten habe,
weil der zwischen diesem und seinem
Rechtsanwalt geschlossenen Vertrag gem.
§ 306 BGB nichtig sei und deshalb ein
Schaden des Zweitabmahners entfalle.

Dies wäre dann der Fall, wenn der Anwaltsvertrag auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet wäre.

Ob aber eine Leistung unmöglich ist, richtet sich nach der Rechtsnatur des Vertrages und danach, was von dem Rechtsanwalt geschuldet wird. Bei der Wahrnehmung von Rechtsgeschäften oder rechtlichen Handlungen für seinen Klienten handelt es sich um eine entgeltliche Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 BGB, die in der Regel durch Dienstleistung erbracht wird. Nur wenn sich die Tätigkeit des Anwalts auf eine spezifisch bestimmte Leistung richtet, z.B. Fertigung eines Gutachtens, liegt ein Werkvertrag vor 71.).

Somit folgt schon vom Grundsatz her, aus der Einordnung des Anwaltsvertrages als zumeist Dienst- und nur in speziellen Fällen Werkvertrag, daß der Mandant für die anwaltliche Vertragsleistung gem. § 611 BGB eine Vergütung zu zahlen hat. Diese zu vergütende Tätigkeit des Rechtsanwalts beschränkt sich auf die Beratung sowie Abfassung und Absendung des wettbewerbsrechtlichen Abmahnschreibens und setzt nicht voraus, daß der Empfänger sich der Unterlassungserklärung unterwirft oder noch eine Wiederholungsgefahr besteht. Die Annahme, daß die Abmahnung auch "Rechtsbestand" haben müsse und der Anwalt nur in diesem Falle Vergütung verlangen könne, liefe darauf hinaus, daß die Bezahlung des Rechtsanwalts von einem

71.) MüKo-Seiler § 675 Rdn. 16;
MüKo-Söllner § 611 Rdn. 88;
Palandt-Putzo vor § 611 2a, ee;
BGH NJW 1974, 134

diesbezüglichen Erfolg abhängig gemacht wird. Die Vereinbarung von Erfolgshonoraren ist jedoch regelmäßig standeswidrig und, da sie die Unabhängigkeit des Anwalts gegenüber dem Auftraggeber gefährdet, auch grundsätzlich sittenwidrig und damit gem. § 138 BGB nichtig 72.).

Der zwischen dem Zweitabmahner und seinem Anwalt abgeschlossene Vertrag ist damit wirksam, so daß der Zweitabmahner seinerseits Anwaltskosten zu tragen hat.

bb. Bestehender Unterlassungsanspruch als Voraussetzung für die Schadensersatzforderung

Auf den ersten Blick könnte man der Auffassung sein, daß die Schadensersatzverpflichtung des Störers voraussetzt, daß der Zweitabmahner auch noch seinen Unterlassungsanspruch durchsetzt. Die Richtigkeit dieser Überlegung könnte man damit begründen, daß das Risiko verspäteten Tätigwerdens der unternehmerischen Risikosphäre zuzordnen sei und daß die Gefahr des Zweitabmahners, mit einer bereits anderweitig abgegebenen Unterlassungserklärung konfrontiert zu werden, nicht überschätzt werden darf. In der Regel beobachten sich Mitbewerber gegenseitig, insbesondere die in der Tagespresse erscheinenden Werbeanzei-

72.) BGHZ 39, 142 (148); vgl. auch Richtlinien des anwaltlichen Standesrechts, § 52

gen ihrer Konkurrenten und legen Wert auf schnelles Abstellen wettbewerbswidrigen Verhaltens. Die Praxis zeigt ferner -von Ausnahmefällen abgesehen-, daß der Verletzte nicht etwa am selben Tag, sondern nach einer ihm eingeräumten Bedenkfrist entscheidet, ob der Verstoß zugegeben und eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben wird. Diese Zeitspanne hat ihren Ursprung in der von der Rechtsprechung entwickelten Abmahnfrist, wonach der Abgemahnte nicht etwa am Tag des Eingangs der Abmahnung eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgeben muß, sondern binnen einer angemessenen Frist. Diese hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere von Art, Dauer und Schwere des Wettbewerbsverstoßes. Generelle Regeln lassen sich hinsichtlich dieser Frist nicht aufstellen; als angemessen wird allerdings grundsätzlich eine solche von einer Woche angesehen 73.). Ist die dem Störer gesetzte Frist als zu kurz zu betrachten, wird automatisch eine solche von zumutbarer Dauer in Lauf gesetzt 74.).

Aufgrund dieser relativ langen Zeitspanne haben alle Mitbewerber ausreichend Gele-

73.) KG WRP 79, 861, 862; OLG Stuttgart WRP 81, 343, 344; OLG Hamm WRP 82, 674; OLG Frankfurt WRP 76, 775: 5 Tage als geräumige Frist, OLG Köln WRP 74, 565; WRP 81, 339; OLG München WRP 80, 227; OLG Frankfurt WRP 86, 404, 405: Frist darf nicht unangemessen kurz sein

74.) KG WRP 1977, 582 (584); Verlängerung der Frist auf Ersuchen zumutbar: KG WRP 79, 861, 862, OLG Hamm WRP 78, 225, 226

genheit und Zeit, ihrerseits zu Sanktionsmaßnahmen zu greifen, deren Aufwendungen sie unter schadensersatzrechtlichen Gesichtspunkten ersetzt verlangen können. Das BGH-Urteil beschneidet somit nur diejenigen, die zu lange zögern.

Eine derartige unternehmerische Risikoverlagerung zu Lasten des Zweitabmahnners wird allerdings der Rechtslage nicht gerecht. Man muß nämlich in erster Linie darauf abstellen, daß ursprünglich ein Unterlassungsanspruch des Mitbewerbers bestanden hat. Als Folge der wettbewerbswidrigen Handlung hat der verletzte Mitbewerber seinen Rechtsanwalt mit der Abmahnung beauftragt, so daß es ausschließlich deshalb zur Entstehung dieser Anwaltskosten gekommen ist. Diese sind somit eine adäquate Folge der von dem Störer begangenen Zuwiderhandlung. Daß zum Zeitpunkt der Einschaltung des Rechtsanwalts bereits die Wiederholungsgefahr beseitigt worden ist, läßt zwar den materiellen Unterlassungsanspruch aus § 3 UWG entfallen, nicht aber den in Gang gesetzten Kausalverlauf, der in der Beauftragung des Anwalts in Unkenntnis der bereits erfolgten Unterwerfung endet. Der sich aus § 13 Abs. 6 UWG ergebende Anspruch geht auf Ersatz der letztlich durch den Wettbewerbsstörer und seiner Zuwiderhandlung verursachten Anwaltskosten 74a.).

74a.) so auch LG Bochum Urteil vom
18.11.86, AZ.: 15 S 7/87

Das somit gefundene Ergebnis begegnet nur insoweit einem Unbehagen, als der Wettbewerbsstörer möglicherweise durch zahlreiche Abmahnungen über Wochen hinweg einem sogenannten Kesseltreiben ausgesetzt wird. Da er aber durch den von ihm begangenen Wettbewerbsverstoß diese Ursache selbst gesetzt hat, muß er auch die Konsequenzen tragen. Wenn der Störer allerdings nachweisen kann, daß ein ihn nach Abgabe der Unterlassungserklärung erneut abmahnender Mitbewerber positive Kenntnis von der anderweitigen Unterlassungserklärung hatte, so kann er ihm ein Mitverschulden im Sinne des § 254 Abs. 1 BGB entgegenhalten. Der Umfang der Ersatzpflicht hängt dann von einer Würdigung und Abwägung der Umstände des Einzelfalles ab. Da der Abmahnende die Beseitigung der Wiederholungsgefahr kannte, hat er die weiteren Abmahnkosten selbst provoziert. Es erscheint deshalb nur gerecht, ihm keinen Ersatzanspruch bei positiver Kenntnis von einer anderen Unterlassungserklärung zuzubilligen.

Fazit: Die Kosten des Zweitabmahners sind unter schadensersatzrechtlichen Gesichtspunkten erstattungsfähig.

5. Aufklärungspflicht des Abgemahnten und die Rechtsfolgen der Nichtbeachtung

Es ist in der Praxis sicherlich auch der Fall denkbar, daß ein Wettbewerbsstörer gegenüber einem Zweitabmahner die bereits zuvor gegenüber einem Dritten abgegebene Unterlassungserklärung nicht aufdeckt

und dadurch einen Prozeß oder ein Verfügungsverfahren provoziert.

Nicht erst seit dem zitierten Urteil des BGH zur Ausräumung der Wiederholungsgefahr war in Rechtsprechung und Literatur die Frage behandelt worden, ob und in welchem Umfang der Störer den Gläubiger über eine wegen des abgemahnten Verstoßes abgegebene Unterlassungserklärung gegenüber Dritten aufklären muß und welche Kostenfolge es für die Parteien hat, wenn die Aufklärung erst im Verfahren erfolgt 75.).

Der BGH hat in seinem Urteil vom 19.06.1986 75a.) diese Streitfrage entschieden und eine Aufklärungspflicht des Abgemahnten aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB bejaht. Die durch eine Verletzungshandlung veranlaßte Abmahnung diene, da sie das Streitverhältnis bereits auf einfache und billige Weise vorprozessual beenden und einen Rechtsstreit vermeiden solle, im Regelfall dem wohlverstandenen Interesse

75.) Schon früh für Aufklärungspflicht:
OLG Hamburg WRP 69, 119; OLG Frankfurt WRP 79, 311; OLG Köln WRP 79, 392 (395);
dann später: OLG Frankfurt WRP 84, 413, 414; OLG Hamburg WRP 85, 150 (151); KG GRUR 1986, 563 offengelassen: OLG Hamburg WRP 84, 704
a.A.: Ahrens S. 132: "Keine Aufklärungspflicht, mangelnde Reaktion wird ausschließlich auf die Folge beschränkt, daß sich Verletzer in einem gerichtlichen Verfahren nicht zu seinen Gunsten auf § 93 ZPO berufen kann"

75a) BGH MDR 87, 24

beider Parteien und verbinde diese daher in eine wettbewerbsrechtliche Sonderbeziehung eigener Art, deren Inhalt wegen der jedenfalls im Regelfall gegebenen Interessenüberschneidung in besonderem Maße durch Treu und Glauben bestimmt werde. Nach der somit erforderlichen Interessen- und Pflichtenabwägung erscheine es aber geboten, den Verletzer, der durch sein unerlaubtes Handeln dem Verletzten Anlaß zur Abmahnung und -für den Fall des Schweigens auf diese- zum prozessualen Vorgehen gegeben habe, als nach Treu und Glauben verpflichtet anzusehen, den Abmahnenden darüber aufzuklären, daß eine Unterwerfung wegen derselben Verletzungshandlung bereits einem Dritten gegenüber erfolgt sei. Denn für den Abmahnenden bestünde andernfalls die erhebliche, auf das ursprüngliche wettbewerbswidrige Verhalten des Verletzers zurückzuführende Gefahr eines sowohl überflüssigen als auch aussichtslosen Prozesses, während andererseits die Mitteilung der Unterwerfung, ihres Adressaten und ihres wesentlichen Inhalts dem Abgemahnten einen im Verhältnis zu jenem von ihm verursachten Risiko geringen, jedenfalls aber zumutbaren Aufwand bereite. Werde deshalb die aus dieser Rechtsbeziehung der Parteien erwachsene Aufklärungspflicht verletzt, so liege darin ein schuldhaftes Handeln, das eine positive Forderungsverletzung darstelle und damit Schadensersatzansprüche begründe.

Die Konsequenz aus dieser BGH-Entschei-

dung im Hinblick auf die untersuchte Frage ergibt folgendes: Dem Kläger bzw. Antragssteller im einstweiligen Verfügungsverfahren bleibt nichts anderes übrig, als die Klage bzw. den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung mit der nachteiligen Kostenfolge des § 269 Abs. 3 ZPO zurückzunehmen und die Prozeßkosten in einem gesonderten Rechtsstreit geltend zu machen.

Eine sogenannte umgekehrt analoge Anwendung des § 93 ZPO hat der BGH offensichtlich nicht für denkbar erachtet. Man könnte nämlich daran denken, daß in umgekehrt analoger Anwendung des § 93 ZPO der Kläger bzw. Antragssteller einwenden könne, er nehme zwar die Klage zurück, da er aber erst im Prozeß Kenntnis von der anderweitigen Unterwerfung erlangt habe und deshalb -entsprechend einem sofortigen Anerkenntnis- hier "sofort" die Klage zurücknehme, dürfe er nicht mit den Kosten belastet werden.

Der BGH hat die Analogie offensichtlich für nicht tragfähig erachtet, da er darauf hinweist, daß der Kläger einen ausichtslosen Prozeß führt. Selbst wenn man diesen Begriff der Aussichtslosigkeit auf den Streitgegenstand, mithin den Unterlassungsanspruch bezieht, so darf doch nicht übersehen werden, daß der BGH unter Beachtung seiner aus § 139 ZPO resultierenden richterlichen Aufklärungspflicht ansonsten auf die Möglichkeit einer umgekehrt analogen Anwendung des § 93 ZPO hingewiesen hätte. Daß eine solche Möglichkeit vom BGH nicht für tragfähig

erachtet wird, ergibt sich auch daraus, daß die Annahme eines Schadensersatzanspruchs aus positiver Vertragsverletzung logisch mit der Analogie nicht zu vereinbaren ist. Denn wenn der Kläger bzw. Antragssteller erfolgreich geltend machen kann, daß der Antragsgegner einen überflüssigen Prozeß veranlaßt habe, wäre ihm dann auch kein Schaden entstanden, da die Kostenentscheidung zu Lasten des Wettbewerbsstörers ausgefallen wäre.

Der BGH hat damit der Mindermeinung einer umgekehrt analogen Anwendung des § 93 ZPO eine Absage erteilt 76.). Diese Gegenmeinung ist abzulehnen. Ihr ist zu Recht entgegenzuhalten, daß bei Klagerücknahme gem. § 269 Abs. 3 ZPO zwingend dem Kläger die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen sind und daß bei einem Verzicht auf den geltend gemachten Anspruch auf Antrag des Beklagten die Klage durch Verzichtsurteil nach § 306 ZPO abzuweisen ist. Die Kosten beurteilen sich dann entsprechend § 91 ZPO; sie müssen dem Kläger auferlegt werden; eine entsprechende Anwendung des § 93 ZPO scheidet mangels einer Regelungslücke aus. Wenn die Klage aber erst nach ihrer Rechtshängigkeit unzulässig oder unbegründet geworden ist, kann der Kläger durch eine einseitige Erledigungserklärung einer kostenpflichtigen Abweisung begegnen. Es kann deshalb dahinstehen, ob vor der gesetzlichen Regelung der Erledigung der Hauptsache eine analoge Anwen-

76.) vgl. OLG Frankfurt WRP 79, 311 ff.;
WRP 79, 799 ff.; 82 422;
Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann
§ 93 Anm. 4

dung des § 93 ZPO unter den angeführten Voraussetzungen bei einem Klageverzicht des Klägers geboten oder jedenfalls gerechtfertigt war. Entscheidend ist, daß nunmehr § 91a ZPO die gesetzliche Regelung für die Fälle darstellt, in denen eine ursprünglich zulässige und begründete Klage unzulässig oder unbegründet geworden ist. Bei den Fällen, in denen es um die rechtlichen Konsequenzen aus einer Verletzung von Aufklärungspflichten des Abgemahnten geht, handelt es sich aber nicht darum, daß eine Klage oder der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung nachträglich unzulässig oder unbegründet geworden ist. Die geltend gemachten Ansprüche sind vielmehr von vornherein nicht begründet gewesen.

Aus der zitierten BGH-Entscheidung ist abzuleiten, daß auch bei Wegfall der Wiederholungsgefahr durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung gegenüber Dritten die Rechtslage weiterer Abmahnender sich nicht verschlechtert hat. Derjenige Mitbewerber, dem gegenüber die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung nicht offenbart wird, muß zwar die Klage bzw. den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung mit der nachteiligen Kostenfolge des § 269 Abs. 3 ZPO zurücknehmen, kann aber in einem gesonderten Prozeß diese Folgekosten geltend machen.

D.) Ansprüche aus dem Gesichtspunkt der
Geschäftsführung ohne Auftrag

Wie vorstehend bereits erwähnt, muß in den Fällen der bisher behandelten Anspruchs- grundlagen das Verschulden des Wettbewerbsstörers nachgewiesen werden. Ein solcher Nachweis ist aber dann schwierig zu führen, wenn durch eine Werbung ein völlig neuer Tatbestand gesetzt wird, der noch von keinem Instanzgericht auf seine wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit hin geprüft worden ist. Ferner sind auch wegen der unterschiedlichen Rechtsprechung verschiedener Oberlandesgerichte regional unterschiedliche wettbewerbsrechtliche Auffassungen denkbar. Ein solcher Fall fehlenden Verschuldens könnte beispielsweise in der Werbung eines Händlers mit Hifi- und Phonogeräten liegen, wenn dieser eine Anzeige mit folgendem Text veröffentlicht:

"Dual C 820 mit 2 Jahre
Vollgarantie"

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf 77.) erweckt eine solche Zeitungsanzeige durch den Hinweis auf "Vollgarantie" bei den angesprochenen Interessenten den unrichtigen Eindruck, daß für die seitens des Anbieters angebotenen Geräte eine Garan-

tie des Herstellers bestehe. Hierin liege ein Verstoß gegen § 3 UWG, da es für den Käufer von erheblicher Bedeutung sei, daß hinter dem Versprechen der Garantieleistung nicht der Händler, sondern das Herstellerwerk stehe. Für die Kunden wiege die Garantie eines Herstellers wesentlich mehr als die eines Händlers.

Dagegen sah das KG Berlin 78.) in dieser Werbeaussage keinen Verstoß gegen § 3 UWG, da der Ausdruck "Vollgarantie" eines Radiohändlers von dem angesprochenen Publikum auf den Umfang der Garantie und nicht auf den Garantiegeber bezogen werde.

Gesetzt den Fall, daß die beiden Gerichte in zeitlich umgekehrter Reihenfolgen entschieden hätten, so hätte sich folgende Situation ergeben können: Ein in Düsseldorf oder Umgebung ansässiger Radiohändler wirbt in Kenntnis des Urteils des KG Berlin mit einem Hinweis auf Vollgarantie, da er davon ausgeht, daß eine solche Werbung aufgrund des zweitinstanzlichen Urteils des KG Berlin, das der BGH nicht aufgehoben hat, zulässig sei. Wenn dann später von dem für seinen Bezirk zuständigen OLG Düsseldorf diese Werbeaussage für irreführend erachtet wird, kann man ihm wegen des nunmehr in seinem Bezirk für unzulässig erachteten Werbeverhaltens keinen Schuldvorwurf machen.

Die vorstehend erörterten Anspruchsgrundlagen würden in diesem Fall des nicht nachzuweisenden Verschuldens dem Ab-

78.) WRP 81, 99, 100

mahnenden nicht zur Durchsetzung seines Verlangens verhelfen. Es fragt sich deshalb, ob eine Kostenerstattungspflicht auch ohne Erfordernis des Verschuldens möglich ist.

I. Darstellung des Meinungsstandes

1. Rechtsprechung des BGH

Mit dem sogenannten "Photowettbewerbsurteil" des BGH 79.) wurde mit der Anwendung des § 683 BGB der Weg eröffnet, einen Erstattungsanspruch für Abmahnkosten schon bei unverschuldetem Wettbewerbsverstoß zu gewähren. Der Entscheidung des BGH lag die Frage zugrunde, ob ein solcher Kostenerstattungsanspruch auch einem Verband gegen unlauteren Wettbewerb zustehe, der nach § 13 UWG Unterlassungsansprüche geltend machen kann. Wie nachstehend noch zu erörtern sein wird, verneinte der BGH Schadensersatzansprüche der Verbände, bejahte aber die Erstattungsfähigkeit der Kosten aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag. Danach werde durch den Wettbewerbsverstoß ein

79.) BGHZ 52, 393 ff. = GRUR 1970, 189
Anm. Daß sich der BGH trotz des niedrigen Streitwertes hiermit befassen konnte, resultiert daraus, daß neben dem Zahlungsanspruch noch zusätzliche Unterlassungsansprüche geltend gemacht wurden und dies zu einer Streitwerterhöhung geführt hatte.

Stöorzustand geschaffen, den der Störer in entsprechender Anwendung des § 1004 BGB auf seine Kosten zu beseitigen habe. Störend wirke sich dabei bereits die Unklarheit darüber aus, ob eine Wiederholung des Wettbewerbsverstoßes zu befürchten sei. Die vorprozessuale Abmahnung des Störers sei nicht allein geeignet, zur beschleunigten Beseitigung der entstandenen Unklarheit beizutragen, sondern sie liege zugleich auch im Interesse des Störers, der dadurch Gelegenheit erhalte, einen kostspieligen Rechtsstreit zu vermeiden. Angesichts der Gepflogenheiten auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes könne der Gläubiger jedenfalls davon ausgehen, daß er die Aufwendungen für eine solche Abmahnung im Einklang mit dem mutmaßlichen Willen des Störers erbringe.

Der BGH hat an dieser Rechtsprechung trotz der nachstehend noch zu behandelnden Kritik bis heute festgehalten. Bereits 3 Jahre später hat er seine Auffassung in dem Urteil "Goldene Armbänder" 80.) bestätigt. Auch wer meinte, der BGH werde unter zunehmender Kritik von seiner Rechtsprechung abweichen, sieht sich spätestens seit der bereits zitierten Entscheidung des BGH vom 19.06.1986 81.) in seiner Hoffnung getäuscht, denn ohne

80.) BGH GRUR 73, 284, 285

81.) BGH MDR 1987, 24

speziell mit der Streitfrage der Anwendbarkeit der Geschäftsführung ohne Auftrag befaßt zu sein, hat der BGH noch einmal klargestellt, daß die Abmahnung den wohlverstandenen Interessen beider Parteien entspreche.

Dieser Auffassung sind die meisten Instanzgerichte und die früher als herrschend zu bezeichnende Meinung in der Literatur uneingeschränkt gefolgt 82.)). Die Rechtsprechung zur Erstattungsfähigkeit der Abmahnkosten geht offensichtlich auf das Anliegen zurück, den -zu Recht- vorprozessual Abmahnenden nicht schlechter zu stellen, als wenn er den Wettbewerbsprozeß mit der für ihn günstigen Kostenfolge des § 91 ZPO geführt hätte 83.)).

Diese Argumentation begegnet allerdings

82.) LG Kaiserslautern DB 84, 1065; LG Düsseldorf NJW 82, 239; Hiersemann NJW 71, 777 ff.; Baumbach-Hefermehl Einleitung UWG Rdn. 463 a; Eser GRUR 1986, 35; Nordemann Rdn. 604 b; Löwenheim WRP 79, 839 (841); Jauernig-Vollkommer § 677 Anm. 2 b: allerdings ohne sich mit der Kritik an der Rechtssprechung des BGH auseinanderzusetzen; Ulrich WRP 85, 119: "Es ist unstrittig und wird auch nicht in Zweifel gezogen, daß das Erfordernis der wettbewerbsrechtlichen Abmahnung (bei Vermeidung von Kostennachteilen) wenn nicht ausschließlich, so doch jedenfalls in erster Linie im Interesse des Wettbewerbsverletzers liegt." Kisseler WRP 1977, 154, 155

83.) BGH GRUR 1970, 189; v. Gamm, Neue höchststrichtliche Rechtssprechung zum Wettbewerbsrecht S. 171

erheblichen Bedenken. Im ersten Teil der Untersuchung ist bereits festgestellt worden, daß der Mitbewerber -von Ausnahmefällen abgesehen- den Störer vor Einleitung gerichtlicher Schritte abmahnen muß, wenn er Kostennachteile im Sinne des § 93 ZPO verhindern will. Dies besagt dann aber doch gerade, daß sich der Störer in der Regel auf die fehlende Klageveranlassung im Sinne des § 93 ZPO berufen und deshalb kostenfrei aus dem Verfahren hervorgehen kann. Daher ist -wie das LG Essen 84.) zu Recht feststellt- keine befriedigende Begründung dafür erkennbar, warum die Abmahnung dem Interesse des Verwarnten auch dann entsprechen soll, wenn dieser, falls sie unterbliebe, im Falle der Anbringung eines Antrages auf Erlaß einer einstweiligen Unterlassungsverfügung oder einer entsprechenden Klage durch ein sofortiges Anerkenntnis der Kostenlast entgehen würde. War die Abmahnung erforderlich, um ihm diese Möglichkeit zu nehmen, so kann es kaum als dennoch in seinem Interesse liegend bezeichnet werden, mit -möglicherweise beträchtlichen- Kosten überzogen zu werden, die er bei gerichtlicher Austragung nicht hätte zu tragen brauchen. Das LG Essen ist somit unter konsequenter Berücksichtigung des § 93 ZPO zu dem logischen Ergebnis gelangt, daß der Störer nur dann mit Kosten konfrontiert wird, wenn er außergerichtlich

84.) NJW 1974, 997 = GRUR 74, 801

abgemahnt wird. Bestand dagegen noch die Möglichkeit, daß der Abgemahnte, der ja -wie sein außerprozessuales Nachgeben vermuten läßt- wohl auch in einem anstelle der Abmahnung eingeleiteten gerichtlichen Verfahren sofort nachgegeben und den Anspruch anerkannt hätte, gemäß § 93 ZPO kostenfrei geblieben wäre, so hat die Abmahnung nicht dem Abgemahnten die Kosten des so vermiedenen Prozesses erspart, sondern den Abmahnenden vor einer Kostenentscheidung nach § 93 ZPO bewahrt. Für den Antragsgegner dagegen wäre bei direkter Anrufung des Gerichts der Prozeß kostenlos ausgegangen. Damit ist die Konstruktion der Kostenersparnis, die der BGH und diejenigen, die ihm folgen, stets in den Vordergrund stellen, ad absurdum geführt. Eine Kostenersparnis des Wettbewerbsstörers - und damit die Möglichkeit der Anwendung der Geschäftsführung ohne Auftrag - ist demnach nur in denjenigen Fällen anzunehmen, in denen es einer vorherigen außerprozessualen Abmahnung nicht bedurft hätte und der Antragssteller aufgrund eines evidenten oder schweren Verstoßes direkt die Gerichte hätte anrufen können 85.).

85.) Vgl. Wollschläger S. 175: Auch hier wird trotz Bejahens der GOA darauf hingewiesen, daß die Kosten der ersten Abmahnung wegen § 93 ZPO nicht erstattungsfähig sein sollen. Wollschläger trägt in die materielle Prüfung der Voraussetzungen der GOA zu sehr eine prozessuale Komponente hinein. Ob ein Anspruch aus GoA gegeben ist, ist nicht eine Frage des § 93 ZPO.

Die vorliegende Untersuchung muß sich demzufolge auf die Ausnahmefälle beschränken, in denen der Abmahnende ohne Kostennachteile gemäß § 93 ZPO direkt die Gerichte hätte anrufen können. Damit steht zugleich fest, daß die Regeln der GoA in den meisten Abmahnfällen keine tragfähige Grundlage für eine Kostenerstattung bieten können.

2. Die Gegenmeinung in Literatur und Teilen der Rechtsprechung

Obwohl es sich bei der Zuerkennung von Ansprüchen gemäß §§ 677 ff. BGB im Zusammenhang mit der Abmahnung um eine gefestigte höchstrichtliche Rechtsprechung handelt, wird ihre Berechtigung zusehends in Zweifel gezogen. Entgegen Ulrich 86.), der es für unbestreitbar und unbestritten erachtet, daß die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen, sollen nach einer stark im Vordringen befindlichen und mittlerweile wohl herrschenden Meinung in der Literatur, der bereits einige Instanzgerichte gefolgt sind, vorprozessuale Abmahnungen durch Mitbewerber nicht als durch §§ 683, 677, 670 BGB legitimierte Maßnahmen zugunsten des Störers angesehen werden kön-

nen 87.). Danach werde anders als in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen einer fremdnützigen Geschäftsführung der Abmahnende nicht von den Interessen des Verletzters bestimmt; sein Anliegen zielle nicht dahin, ihn etwa auf den Verstoß aufmerksam zu machen oder ihm gar ratend zur Seite zu stehen. Ihn leite vielmehr ausschließlich sein eigenes handfestes Interesse, nach einem sofortigen Anerkenntnis in einem eventuellen nachfolgenden Prozeß oder einem einstweiligen Verfügungsverfahren nicht deshalb mit Kosten belastet zu werden, weil der Verletzer

87.) Mü-Komm.-Seiler § 677 Rdn. 28 a. E. m.w.N.; Palandt-Thomas § 683 Anm. 2 m.w.N.; Loritz GRUR 1981, 883 ff.; Melullis WRP 1981, 1ff.; Gloy-Melullis § 20 Rdn. 67; Pastor S. 180 ff.; Kurbjuhn NJW 70, 604; Emmerich § 19 Anm. 1 e: "Auf den ersten Blick erstaunliche Konstruktion"; Prelinger NJW 1982, 211; Leipold in Stein-Jonas vor § 91 Rdn. 16: "Kosten einer außergerichtlichen Abmahnung sind nur bei Bestehen deliktischer (§§ 823, 826 BGB, § 13 UWG) oder vertragliche Ansprüche zu erstatten ..."; RGRK-Steffen vor § 677 Rdn. 30: "Die vorprozessuale Abmahnung des Störers in Wettbewerbssachen fällt nicht unter die Geschäftsführung im Sinne der GoA, weil nur eine mittelbare Beziehung vorliegt"; RGRK-Steffen Rdn. 13: "Eine nur mittelbare Beziehung des besorgten Geschäftes zu einem Dritten und zu einem von diesem möglicherweise geschuldeten Erfolg reicht nicht aus". Klaka Anm. zu BGH GRUR 1970, 191: "Über den Umweg des § 683 BGB wird Schadensersatz zugebilligt, den § 1004 BGB gerade nicht vorsieht."

zuvor nicht abgemahnt worden sei. Schon aufgrund dieser maßgebenden Motivation weiche die Interessenlage bei der Abmahnung von der den §§ 677 ff. BGB zugrundeliegenden derart erheblich ab, daß der Rückgriff auf diese Vorschriften grundsätzlich verwehrt erscheinen müsse^{88.)}. Daneben sei bereits fraglich, ob es sich bei der Abmahnung um ein fremdes Geschäft im Sinne der Geschäftsführung ohne Auftrag handele, das dem Rechtskreis eines anderen zuzuordnen sei. Dies setze eine Tätigkeit voraus, die der Geschäftsherr vernünftigerweise ebenso ausführen könne. Es widerspreche jedoch jeder Realität, anzunehmen, der Störer würde gegen sich selbst einen Rechtsanwalt tätig werden lassen, um die von ihm ausgelöste Verletzung zu unterbinden. Soweit der BGH darauf abstelle, daß es im Interesse des Störers liege, einen kostspieligen Rechtsstreit zu vermeiden, und daß die Kosten einer anwaltlichen Abmahnung im Einklang mit dem Willen des Störers ständen, sei dieser Gedanke wirklichkeitsfremd^{89.)}.

88.) Gloy-Melullis a.a.O

89.) Loritz a.a.O.; Pastor S. 181: Danach bedürfe es schon einer gewissen Vorstellungskraft, anzunehmen, ein Kaufmann wolle seinen Konkurrenten als seinen Geschäftsführer hinnehmen, um sich über seine eigenen kaufmännischen Dispositionen belehren zu lassen. Mes GRUR 1978, 346; Pastor S. 183: Verwarnung kann kein Geschäft des Verwarnten sein, weil er sich nicht selbst verwarnen kann.

Die von dem BGH abweichende Literaturmeinung bejaht zwar die Kostenersparnis als im Interesse des Rechtsbrechers stehend; es genüge aber nicht, wenn lediglich das Ergebnis des Handelns dem Wohl des Geschäftsherrn diene. Dieses Handeln selbst müsse dem fremden Rechtskreis zuzuordnen sein, was für die Abmahnung nicht zutreffe. Wie § 13 UWG zeige, sei die Durchsetzung eines Unterlassungsanspruchs gegen wettbewerbswidrig Handelnde das Geschäft von Mitbewerbern und Verbänden und somit ausschließlich deren eigenes Geschäft ^{90.)}. Dem BGH wird also vorgeworfen, daß er bei der Prüfung der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht genügend zwischen der die Kosten auslösenden Abmahnung und demjenigen unterschieden habe, was tatsächlich im Interesse des Geschäftsherrn liege, nämlich ein Unterlassen wettbewerbswidrigen Verhaltens. Die Konsequenz der an der Rechtsprechung des BGH geübten Kritik führt schließlich dahin, daß der Verletzte bei einem unverschuldeten Verstoß seines Mitbewerbers die zur Wahrung der Integrität seines Rechtskreises aufgewandten Kosten selbst zu tragen habe ^{91.)}.

90.) Loritz a.a.O.; zusammenfassend:
Pastor S. 182

91.) Leipold in Stein-Jonas a.a.O.

3. Replik

Insbesondere die vom BGH abweichende Auffassung der Instanzgerichte hat im Schrifttum zu heftiger Kritik geführt. Unabhängig von der eigentlichen Problematik der Geschäftsführung ohne Auftrag, wird ihr vorgeworfen, daß sie die Wahrung der Rechtseinheit in der Bundesrepublik Deutschland (§§ 546 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ZPO, § 137 GVG) nicht zu ihren Aufgaben rechne. Diese Gerichte könnten sich nicht darauf zurückziehen, in einer umstrittenen Rechtsfrage neue Gesichtspunkte entdeckt zu haben, die dem BGH bei seiner Entscheidung verborgen geblieben seien, was allein eine Divergenz hätte legitimieren können 92.).

Ferner wird den Kritikern an der BGH-Rechtsprechung vorgehalten, daß sie den Gesamtkomplex der Rechtsverfolgung bei der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs vernachlässigten. Die Positionen von Unterlassungsgläubigern und Wettbewerbsstörern müßten so ausbalanciert werden, daß unlauterer Wettbewerb einerseits effektiv mit den Mitteln des Zivilrechts unterdrückt, andererseits aber der Wettbewerbsstörer nicht unzumutbar belastet werde 93.).

92.) Ahrens NJW 84, 2526 Anm. zum Urteil von BGH vom 12.04.1984; Ahrens NJW 1982, 2477

93.) Ahrens Wettbewerbsverfahrensrecht S. 236

II. Kritik und Analyse

Mit der an der vom BGH abweichenden Auffassung geübten Kritik von Ahrens dürfte das Problem nicht gelöst sein. Insbesondere ist nicht ersichtlich, inwieweit die Instanzgerichte durch die vom BGH abweichende Rechtsprechung die Wahrung der Rechtseinheit in der Bundesrepublik Deutschland verletzen. Gemäß Art. 97 Abs. 1 GG sind Richter unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen. Unabhängig ist nach diesem klaren Wortlaut nicht nur die Gerichtsbarkeit als Ganzes, sondern der mit dem Einzelfall befaßte Richter. Vor allem ist damit festgelegt, daß jeder einzelne Spruchkörper der dritten Gewalt bei der Ausübung seiner Rechtsprechungstätigkeit auch von allen anderen Spruchkörpern dieser Gewalt unabhängig ist. Dabei ist es gleichgültig, ob es sich um das Verhältnis zu gleichrangigen Spruchkörpern desselben oder eines anderen Gerichtszweiges handelt oder um das Verhältnis zu höher-rangigen Spruchkörpern eines dieser Gerichtszüge. Diesem Grundsatz der sachlichen Unabhängigkeit der Gerichte kommt Verfassungsrang zu 94.).

Ferner gilt auch für die "gefestigte Rechtsprechung" aller Gerichte die

94.) h.M. in Rechtsprechung und Literatur vgl. Herzog in Maunz-Dürig, Art. 97 Rdn. 34 m.w.N.; zur sachlichen Unabhängigkeit der Richter vgl.: ders. Art. 92 Rdn. 10

Feststellung des Bundesverfassungsgerichts, daß nämlich die Rechtmäßigkeit einer bestimmten Handhabung nicht damit begründet werden kann, sie sei althehrwürdig und anerkannten Rechts 95.). Auch der Gleichheitssatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG verlangt nicht, daß eine einmal höchststrichterlich entschiedene Frage niemals mehr anderes beurteilt werden kann, da sonst jede Rechtsentwicklung und Rechtsfortbildung verhindert würde 96.). Gemäß Art. 20 Abs. 3 GG sind Richter nur dem Gesetz unterworfen und in ihrer Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden. Wenn aber jeder Richter an die Auffassung der Gerichte höherer Instanz gebunden wäre, würde dies wiederum Art. 20 Abs. 2 GG widersprechen, wonach die rechtssetzende und rechtsbegründende Macht allein dem Gesetzgeber zusteht.

Selbst eine gefestigte Rechtsprechung muß deshalb auch inhaltlich einer Richtigkeitskontrolle standhalten. Es erscheint deshalb nicht nur zulässig, sondern geradezu geboten, die sachliche Auseinandersetzung mit inhaltlichen Argumenten zu führen, statt sie durch die Berufung auf die normative Kraft einer gefestigten Rechtsprechung zu beenden 97.).

Auch soweit Pastor 98.) die Gefahr eines

95.) BVerfGE 17, 294 (297)

96.) BVerfGE 19, 47

97.) Vgl. hierzu auch Herr MDR 1985, 187

98.) Pastor S. 182

Standesverstoßes des Rechtsanwalts für möglich erachtet, da er zugleich die Interessen des Gegners vertrete, liegt dieser Einwand neben der Sache. Es wird nämlich übersehen, daß die Pflichten aus § 677 BGB nur den Geschäftsführer selbst, nicht aber seinen Rechtsanwalt treffen. Dieser steht nur gegenüber seinem Mandanten in einer rechtlichen, das heißt vertraglichen Beziehung. Wenn er bei seinem rechtlichen Vorgehen die Interessen des Verletzers in seine Überlegungen miteinbezieht, so geschieht dies, weil er auf diese Weise das ihm erteilte Mandat wahrnimmt, nicht aber weil ihn selbst eine Verpflichtung zur Wahrnehmung des Interesses des Verletzers trifft 99.).

Hinzu kommt, daß der Rechtsanwalt die durch seine Einschaltung entstandenen Kosten gegenüber dem Störer nicht etwa als eigenen Anspruch und somit in eigenem Namen geltend macht. Bei der prozessualen Durchsetzung dieser Kostenerstattungsansprüche tritt vielmehr der Verletzte selbst als Geschädigter und damit als Kläger auf, indem er die ihm durch eigene Mandatierung seines Rechtsanwalts erwachsenen Kosten als Schadensersatz geltend macht.

Angesichts der Tatsache, daß die Geschäftsführung ohne Auftrag immer mehr zu einem "strapazierten" Rechtsinstitut geworden ist 100.) und zudem in zunehmen-

99.) vgl. hierzu Löwenheim WRP 79, 839, (842)

100.) vgl. Schwerdtner Jura 82, 593 m.w.N

dem Maße als Auffangtatbestand verwendet wird, um wirkliche und vermeintliche Lücken im Recht der Ausgleichsordnung auszufüllen, erscheint gerade im Zusammenhang mit der Erstattungsfähigkeit von Abmahnkosten eine eingehende Untersuchung der Tatbestandsvoraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag geboten. Mit diesem Themenkomplex hat sich ausführlich Becker-Eberhard 101.) auseinandergesetzt und ist im Ergebnis trotz eines wohlumschriebenen "Unbehagens" der Rechtsprechung des BGH gefolgt. Aus der bereits gewonnenen Erkenntnis, daß nämlich die Fälle der Kostenersparnis auf Ausnahmetatbestände beschränkt werden müssen, zieht Becker-Eberhard 102.) die Konsequenz, daß im Normalfall erst die zweite Abmahnung im Interesse des Abgemahnten liegen wird und so die Voraussetzungen einer Geschäftsführung ohne Auftrag erfüllen kann, weil in der Regel erst sie und nicht bereits die erste Abmahnung dem Abgemahnten die Chance gibt, die Kosten eines gerichtlichen Verfahrens zu ersparen.

Trotz dieser Erkenntnis akzeptiert Becker-Eberhard die Lösung des BGH hinsichtlich der Geschäftsführung ohne Auftrag, da sie zwar problematisch, aber auf der anderen Seite nicht ersichtlich sei, daß sie grundsätzlich falsch und unvertretbar wäre. Solange der Gesetzgeber nicht tätig

101.) Becker-Eberhard S. 107-122

102.) Becker-Eberhard S. 120

werde, müsse man mit dieser Entscheidung trotz ihrer "Notlösung" leben und auf dieser Basis weiter verfahren. Im Rahmen der nachstehenden Ausführungen wird auf die Thesen von Becker-Eberhard im einzelnen einzugehen sein. Zunächst einmal soll allerdings der Frage nachgegangen werden, ob die Abmahnung eine Fremdgegeschäftsführung im Sinne der §§ 677 ff. BGB darstellt und Kostenerstattungsansprüche nach §§ 683, 670 BGB auslösen kann.

1. Anwendbarkeit von BGB-Regeln neben Spezialbestimmungen des UWG

Es stellt sich zunächst einmal die Frage, ob neben den im UWG enthaltenen, zum Schadensersatz verpflichtenden Spezialnormen die Regeln der GoA überhaupt Anwendung finden 103.). Pastor ist der Auffassung, daß Mitbewerbern die "Aktivlegitimation", einen BGB Anspruch aus §§ 677 ff. BGB geltend zu machen, fehle 104.), wobei nicht so recht verständlich ist, was Pastor mit dem Begriff der "Aktivlegitimation" meint. Borck 105.) tritt dem Einwand Pastors mit dem Bedenken entgegen-

103.) Anm.: Becker-Eberhard hat sich hiermit nicht befaßt

104.) Pastor S. 182, 183

105.) Borck WRP 81, 438 (439)

gen, daß der Anspruch auf Erstattung von Abmahnkosten aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag auch dann durchgreife, wenn zwar der Geschäftsherr Störer, der Geschäftsführer aber nicht Klagebefugt sei. Dem ist allerdings wiederum entgegenzuhalten, daß Borck den Begriff der Klagebefugnis offensichtlich mit dem Begriff der von Pastor angesprochenen Aktivlegitimation verwechselt. Bei dem Element der Klagebefugnis handelt es sich um eine Prozeßvoraussetzung einer Klage, bei der Aktivlegitimation dagegen geht es um die Frage, ob dem Kläger/Antragsteller ein Anspruch - dessen Existenz unterstellt - zusteht. Die These Pastors ist nur dahingehend zu deuten, daß er Ansprüche auf Erstattung von Abmahnkosten ausschließlich auf das UWG als abschließende Regelung beschränken will. Diese Überlegung kann jedoch nicht richtig sein. Zwar können gesetzliche Sonderregelungen die Anwendbarkeit der §§ 677 ff. BGB ausschließen ^{106.)}, dem UWG fehlt es aber gerade an einer speziellen Regelung, nach der sich die Ausgleichspflicht für Aufwendungen, die bei Erledigung fremder Geschäfte gemacht worden sind, beurteilt. Weiterhin sehen die Vorschriften der §§ 677 ff. BGB nicht vor, daß solche Geschäftsführer, die Konkurrenten des Geschäftsherrn sind, trotz Vorliegens der Voraussetzungen keinen Aufwendungs-

106.) Palandt-Thomas Einleitung vor
§ 677 Anm. 4 a; RGRK-Steffen vor
§ 677 Rdn. 93

ersatz verlangen können. Es kann immer nur um die Frage gehen, ob ein Anspruch auf Aufwendungsersatz gemäß § 683 BGB besteht oder nicht 107.).

Gegen die generelle Anwendbarkeit von BGB-Regeln und damit des Rechtsinstituts der Geschäftsführung ohne Auftrag bestehen deshalb keine Bedenken.

2. Gegenstand der Geschäftsbesorgung

Der Begriff der Geschäftsbesorgung im Sinne der Geschäftsführung ohne Auftrag ist -wie schon bei § 662 BGB- weit zu verstehen in dem Sinne, daß er nicht nur rechtsgeschäftliche Handlungen, sondern Handlungen aller Art umfaßt 108.) Wie bereits eingangs dargelegt, handelt es sich bei der wettbewerblichen Abmahnung um keine Willenserklärung, sondern um eine reine oder - besser gesagt - schlichte Rechtshandlung 109.). Demzufolge kann die

107.) insoweit richtig Borck Fn. 105

108.) Mü.-Komm.-Seiler § 677 Rdn. 2 m.w.N.; Rödder-JuS 1983 930 m.w.N. Schwerdtner a.a.O.; Wollschläger GOA S. 52; Berg-JuS 1975, 681; Staudinger-Wittmann Vorbemerkung §§ 677-687 Rdn. 15; Jauernig-Vollkommer § 677 Anm. 1; BGHZ 38, 270 (275) Fikentscher § 83 II 1 a: "§ 677 umfaßt jede nur denkbare, für andere möglicherweise zu erledigende Angelegenheit"; Erman-Hauß vor § 677 Rdn. 2

109.) OLG Köln WRP 86, 360; OLG Hamm WRP 84, 221, 222

Abmahnung begrifflich Gegenstand einer Geschäftsbesorgung im Sinne der Geschäftsführung ohne Auftrag sein. Die in der Literatur vertretene Auffassung, die Abmahnung sei keine Geschäftsführung nach den Regeln der §§ 677 ff. BGB, weil dies voraussetze, daß der Geschäftsherr die Handlung ebenfalls vornehmen könne, ist an dieser Stelle noch nicht zu würdigen. Dieses Problem stellt sich erst in dem Zusammenhang, ob die Fremdheit des Geschäfts voraussetzt, daß der Geschäftsherr selbst die Handlung vornehmen kann. Da der Gegenstandsbegriff der Geschäftsbesorgung aber sehr weit auszulegen ist, muß die Abmahnung als mögliche Tätigkeit im Sinne der GOA angesehen werden.

3. Fremdheit des Geschäfts

Der Aufwendungsersatzanspruch des Geschäftsführers aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 683 BGB) setzt gemäß § 677 BGB voraus, daß jemand "ein Geschäft für einen anderen besorgt" hat. Es stellt sich somit die Frage, ob der verletzte Mitbewerber durch die Abmahnung ein fremdes Geschäft führt. Das BGB gibt auf diese zentrale Frage, wann nämlich ein Geschäft als fremd zu bezeichnen ist, keine Antwort; auch in der Literatur und Rechtsprechung wird dieser Begriff nicht einheitlich definiert.

a. Das objektiv ausschließlich fremde Geschäft

Ein objektiv ausschließlich fremdes Geschäft liegt nach übereinstimmender Definition dann vor, wenn es nach seinem äußeren Inhalt ausschließlich dem Pflichten- oder Interessenkreis einer anderen Person zuzuordnen ist 110.).

Charakterisiert wird das fremde Geschäft somit durch die Zugehörigkeit zu einem anderen Rechtskreis oder schlicht dadurch, daß es eine Angelegenheit eines anderen beinhaltet 111.).

Der Wortlaut der Norm läßt den Schluß zu, daß die bloße auftraglose Führung eines fremden Geschäfts genügt, somit über den objektiven Tatbestand hinaus keine subjektiven Merkmale seitens des Geschäftsführers erfüllt werden müssen 112.). Gleichwohl wird im Rahmen des § 677 BGB - wie sich aus § 687 BGB zwingend ergibt -

110.) Mü.-Komm.-Seiler § 677 Rdn. 3 m.w.N Berg-JuS 1975, 681;: "Geschäft, das nach seinem äußeren Erscheinungsbild nur einen anderen angeht."; Palandt Thomas § 677 Anm. 3; RGRK-Steffen vor § 677 Rdn. 10; Erman-Hauß vor § 677 Rdn. 2; BGHZ 38 270 (275)

111.) Wollschläger S. 52, 53, S. 319: "Höherrangige Zuständigkeit am Gegenstand der Tätigkeit"; Fikentscher § 83 I 4 a: Für die objektiv fremden Geschäfte ist schon durch die Rechtsordnung eine andere Zuständigkeit begründet als die des Geschäftsführers.

112.) Wollschläger S. 43 ff.

verlangt, daß der Geschäftsführer mit Fremdgeschäftsführungswillen handelt, wobei bei einem objektiv fremden Geschäft dieser Fremdgeschäftsführungswille vermutet wird 113.).

Es stellt sich aber die Frage, ob ein Mitbewerber durch eine ausgesprochene Abmahnung ausschließlich ein Geschäft erledigt, das der Sphäre des Störers zuzuordnen ist. Es kann hier zunächst dahingestellt bleiben, inwieweit der Rechtskreis des Wettbewerbsstörers mit berührt wird, denn die Abmahnung dürfte in jedem Fall auch dem Pflichten- und Interessenkreis des Abmahnenden selbst zuzuordnen sein. Das Anliegen des Abmahnenden zielt nämlich zweifelsfrei auch dahin, den durch den Wettbewerbsverstoß ausgelösten vermeintlichen Wettbewerbsvorsprung des Störers zu beseitigen. Dabei ist als Vorsprung bereits jede Verbesserung der eigenen Wettbewerbslage im Vergleich zu der bisherigen und im Vergleich zu der der übrigen gesetzestreuen Mitbewerber anzusehen 114.). Durch die Abmahnung will der Mitbewerber gerade seine eigene Integrität schützen und verhindern, daß gegebenenfalls durch eine "reißerische" Aufmachung einer Werbeanzeige potentielle Kunden von ihm ferngehalten und in das Geschäftslokal des un-

113.) Mün.-Komm.-Seiler § 677 Rdn. 5;
Palandt-Thoms § 677 Anm. 3a, m.w.N.
RGRK-Steffen vor § 677 Rdn. 46;
BGHZ 40, 28 (31)

114.) BGH GRUR 1973, 655 (657)

lauter Werbenden angelockt werden. Der Abmahnende bezweckt demzufolge mit der ausgesprochenen Verwarnung den Schutz seines eigenen Gewerbebetriebes; er wird nicht ausschließlich im Pflichten - oder Interessenkreis eines anderen tätig. Somit liegt kein objektiv ausschließlich fremdes Geschäft vor.

b. Das "Auch fremde Geschäft"

Dessen ungeachtet wird aber die Fremdheit des Geschäfts damit bejaht, daß der Abmahnende neben seiner Tätigkeit in eigenem Pflichtenkreis zumindest auch in der Rechtssphäre des Wettbewerbsstörers tätig werde, weswegen die Voraussetzungen der §§ 677 ff. BGB vorlägen. Diejenigen, die - der Rechtsprechung folgend - einen Anspruch auf Ersatz außergerichtlicher Abmahnkosten aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag bejahen, haben sich bisher nicht eindringlich mit der Frage befaßt, ob das sogenannte "auch fremde Geschäft" ebenfalls unter die Voraussetzungen der §§ 677 ff. BGB zu subsumieren ist, zumal der Geschäftsführer auch eine eigene Aufgabe erfüllt. Diese im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag in Rechtsprechung und Literatur umstrittene Frage wird von sämtlichen Wettbewerbsliteraten nicht näher behandelt, vielmehr bleibt die Frage dahingestellt. Auch Becker-Eberhard verweist lediglich darauf, daß ein auch fremdes Geschäft dem Tatbestand der Geschäftsführung ohne Auftrag zuzuordnen

sei, weil die Begriffe des fremden und des eigenen Geschäfts kein Gegensatzpaar darstellten. Die eigentliche, damit im Zusammenhang stehende Streitfrage wird von ihm nicht näher behandelt, sondern als solche nur in Form einer Fußnote kenntlich gemacht 115.).

Es bleibt deshalb zunächst einmal zu prüfen, ob das "auch fremde Geschäft" überhaupt der Geschäftsführung ohne Auftrag unterfällt. Sodann erst muß der Frage nachgegangen werden, ob die Abmahnung die Voraussetzungen des "auch fremden Geschäfts" erfüllt.

Bevor der Meinungsstand im einzelnen dargestellt und kritisch gewürdigt wird, soll bereits an dieser Stelle zu dem Argument Stellung bezogen werden, die Abmahnung könne deshalb kein fremdes Geschäft darstellen, weil sie von dem Störer, also Geschäftsherrn, nicht selbst vorgenommen werden könne 116.). Becker-Eberhard (117.) weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, daß diejenigen, die deshalb aus begrifflichen Gründen ein Geschäft des Abmahnenden für den abgemahnten Wettbewerbsstörer verneinen, einen falschen Fremdgeschäftsführungs-begriff zugrundelegen. Es ist unerheblich, ob von dem Geschäftsherrn dieselbe

115.) Becker-Eberhard S. 114, Fn. 45

116.) vgl. Loritz GRUR 81, 883 (885)

117.) Becker-Eberhard S. 111, 112

Handlung hätte vorgenommen werden können, wie sie nunmehr der Geschäftsführer vorgenommen hat. Oft wird das Tun des Geschäftsführers für den Geschäftsherrn erst dadurch interessant und nützlich, daß jener aufgrund seiner besonderen Fähigkeiten, insbesondere wegen seiner Berufsausbildung im Interessen- und Rechtskreis des Geschäftsherrn tätig wird. Man denke hier nur an den Fall, daß ein Arzt bei lebensgefährlicher Verletzung eines Kindes - ohne Befragungsmöglichkeit der Eltern - dieses behandelt und Ansprüche aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag herleiten kann. Ferner sei an die Fälle erinnert, in denen der Schwimmer dem Nichtschwimmer das Leben rettet oder ein Kraftfahrer einen Verletzten ins Krankenhaus fährt und dabei Aufwendungen tätigt 118.).

Es sind also auch zahlreiche andere Fälle der Geschäftsführung ohne Auftrag denkbar, in denen der Geschäftsführer bei der Wahrnehmung des fremden Geschäfts Mittel einsetzen kann, die dem Geschäftsherrn selbst nicht zur Verfügung stehen. Die Kritik, der Störer könne sich nicht selbst abmahnen und deshalb liege auch keine Fremdgeschäftsführung vor, ist bereits im Ansatzpunkt nicht stichhaltig.

118.) Larenz § 57 I a, Fikentscher § 83 I 2, Medicus Rdn. 412 mit vager Zustimmung zu BGHZ 38, 270 ff; RGZ 169, 85; BGHZ 33, 251

aa. Darstellung des Meinungsstandes

(1) Die Rechtsprechung des BGH und der ihm folgende Teil der Literatur

Der BGH hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts 119.) fortgesetzt und anerkannt, daß eine Geschäftsführung im Sinne des § 677 BGB auch dann möglich ist, wenn der Handelnde vornehmlich zur Wahrnehmung eigener Belange und nur nebenbei im Interesse eines anderen tätig wird 120.). Zugleich hat der BGH die für objektiv ausschließlich fremde Geschäfte aufgestellte Vermutung des Fremdgeschäftsführungswillens auch auf die Fälle des "auch fremden Geschäfts" ausgedehnt. Obgleich auch in diesen Urteilen 121.) Schwierigkeiten bei der Feststellung des Fremdgeschäftsführungswillens eingeräumt werden, läßt die Rechtsprechung stets die Vermutung des Fremdgeschäftsführungswillens Platz greifen.

Die Literatur dagegen hebt hervor, daß der BGH in einigen Entscheidungen bei der Prüfung der Anwendbarkeit der GOA beim "auch fremden Geschäft" zurückhaltender geworden sei 122.).

119.) RGZ 82, 206 (214, 215)

120.) BGHZ 40, 30 (31); 63, 169 (170); 65 354 (357); 82, 323 (330)

121.) Vgl. insbesondere BGHZ 40, 30 ff.

122.) Medicus Rdn. 413 unter Hinweis auf BGHZ 61, 359 (363); 72 151 (153); 82, 323 (330)

Dies ändert jedoch nichts daran, daß die Rechtsprechung den Fremdgeschäftsführungswillen beim "auch fremden Geschäft" weiterhin vermutet. Lediglich der Kreis der Geschäftsherrn soll auf die unmittelbar Betroffenen beschränkt und nicht auf nur mittelbar interessierte Beteiligte, wie zum Beispiel Versicherungen und Bürgen, ausgedehnt werden.

In der Literatur wird der Rechtsprechung nur vereinzelt uneingeschränkt gefolgt, indem auch hier lediglich verlangt wird, daß das vom Geschäftsführer besorgte Geschäft zumindest teilweise einem fremden Interessenkreis zugehöre. Wenn sich feststellen lasse, daß der Geschäftsführer trotz Berührung eigener Belange ein auch objektiv fremdes Geschäft führe, läge regelmäßig auch der Wille vor, ein fremdes Geschäft zu führen (123.).

(2) Die Gegner der BGH Rechtsprechung

Die mittlerweile als herrschend zu bezeichnende Auffassung in der Literatur übt Kritik an der Rechtsprechung des BGH und lehnt eine Ausweitung der Vermutung des Fremdgeschäftsführungswillens auf das "auch fremde Geschäft" ab. Ein Geschäft

123.) Brox Rdn. 361, 365; Palandt-Thomas
§ 677 Anm. 3 c

sei nur dann als fremd zu bezeichnen, wenn es mit Fremdgeschäftsführungswillen für einen anderen vorgenommen werde. Für diesen Geschäftsführungswillen könne nicht das bloße Bewußtsein genügen, ein fremdes Geschäft auch als solches zu führen. Der für eine Geschäftsführung ohne Auftrag erforderliche Geschäftsführungswille sei vielmehr nur dann gegeben, wenn jemand in fremdnütziger Absicht für einen anderen handle, was sich nach dem sozialen Sinn seiner Tätigkeit beurteilen müsse. Wer aber seine eigene Verpflichtung erfülle, dessen Tätigkeit habe grundsätzlich nicht den sozialen Sinn, fremdnützig zu sein. Überdies habe die Vermutung des Geschäftsführungswillens bei der Besorgung eigener und zugleich fremder Geschäfte weitgehend den Charakter einer Fiktion 124.).

-
- 124.) Staudinger-Wittmann Vorb. §§ 677
Rdn. 21; Mü.-Komm.-Seiler § 677
Rdn. 10; Medicus Rdn. 407;
auch Wollschläger S. 48: "Richtig
gesehen sind diesbezügliche Ur-
teilsfeststellungen über den Willen
des Geschäftsführers meist fiktiv
und verdecken die tragenden Zurech-
nungsgründe"; Erman-Hauß vor § 677
Rdn. 3: "Das Geschäft muß subjektiv
für einen anderen besorgt sein."
Berg-JuRA 75, 681: "...wenn der Ge-
schäftsführer dem Geschäftsherrn
die Vorteile des Geschäfts zugute
kommen lassen will..."

Durch eine solche Betrachtung würden die wahren Wertungen verdeckt und sogar Wertungen neben §§ 677 BGB mißachtet. Denn aus § 687 Abs. 1 BGB ergebe sich gerade die Erforderlichkeit eines solchen Bewußtseins und aus § 687 Abs. 2 BGB der entsprechende Wille das fremde Geschäft als solches zu führen.

Die Berechtigung der Rechtsprechung zum vermuteten Fremdgegeschäftsführungswillen wird vielfach auch deshalb in Zweifel gezogen, weil die Rechtsfolge des § 683 BGB zu einem gefährlich weiten Mittel des Lastenausgleichs aus Billigkeitsgründen führe. § 683 BGB umfasse auch den Ersatz nutzloser Aufwendungen, mithin solcher, die den Geschäftsherrn nicht bereichert haben, wenn der Geschäftsführer sie nur für nötig halten durfte 125.).

Daneben werde zum einen der Kreis der potentiellen Geschäftsherrn zu weit ausgedehnt, 126.) zum anderen führe dies möglicherweise zu einem Wettlauf von Gesamtschuldnern, wenn sich derjenige, der den Gläubiger zuerst befriedige, über § 683 BGB stets den vollen Ausgleich sichere 127.). In die gleiche Richtung ten-

125.) Medicus Rdn. 412; Schwerdtner-Jura 1982, 598; Schubert AcP 178 (1978), 428

126.) Berg-JuS 1975, 684

127.) Schreiber DB 1979, 1400

diert Wollschläger 128.), indem er vom ärgerlichen Tatbestand der "Auch-Gestion" spricht und die Frage aufwirft, wieso nur einer der Beteiligten zahlen muß, obwohl es sich doch um die Angelegenheit von beiden handelt. Diesem Argument der vollen Ausgleichssicherung über § 683 BGB ist jedoch - zumindest im Hinblick auf die Gesamtschuldnerschaft - entgegenzuhalten, daß nach § 426 BGB letztlich das Innenverhältnis der "Gesamtschuldner" über die Beteiligungsquote entscheidet. Weitere Kritik an der BGH-Rechtsprechung wird mit der Begründung angemeldet, daß die Geschäftsführung ohne Auftrag im modernen Recht mehr und mehr die Funktion einer Ausgleichsregel übernommen habe, mit deren Hilfe unrechtmäßige Vermögenslagen in unzulässiger Weise korrigiert werden sollen 129.).

Schließlich wird der Rechtsprechung vorgeworfen, daß sie die Frage, ob es sich um ein "auch fremdes Geschäft" handle, mit der verwechsle, ob die Geschäftsführung auch dem Interesse des anderen entspreche. Letzteres werde aber erst bei

128.) Wollschläger S. 47

129.) Soergel-Mühl vor § 677 Rdn. 1, Wollschläger S. 319: Auch hier taucht das Argument von Soergel-Mühl auf, daß unrechtmäßige Vermögenslagen wieder korrigiert werden sollen.

der Frage der Anwendung des § 683 BGB bedeutsam. Da dies in der Rechtsprechung nicht genügend auseinandergehalten werde, habe sie den Anwendungsbereich des § 677 BGB in bedenklicher Weise erweitert (30.).

Auch einige Instanzgerichte melden bereits Kritik an der Rechtsprechung des BGH an und folgen ihm nicht mehr uneingeschränkt. Urteilen des LG München sowie des LG Frankfurt (31.) zufolge könne zwar eine Geschäftsführung ohne Auftrag auch dann vorliegen, wenn der Handelnde in erster Linie eigene und nur nebenbei Interessen des anderen verfolge. Gleichwohl müßten aber in Fällen dieser Art schon besondere Umstände gegeben sein, die den Schluß auf einen neben dem eigenen Geschäftsführungswillen vorhandenen Fremdgeschäftsführungswillen zuließen. Auch hier wird der Auffassung des BGH zum vermuteten Geschäftsführungswillen entgegengehalten, daß es an einer Grundlage für eine derartige Vermutung fehle und diese Annahme letztlich auf eine Fiktion hinauslaufe.

Die Gegner der BGH-Rechtsprechung in der Literatur haben diese Urteile der Landgerichte München und Frankfurt begrüßt und ihnen sorgfältig begründete Entscheidungen bescheinigt. Dabei wird auf den allgemeinen Grundsatz verwiesen, daß derjenige, der eigene Geschäfte führe, keine

130.) Larenz § 57 I a (S. 313)

131.) LG München I NJW 1978 48; LG Frankfurt NJW 1977, 1924, 1925

Ansprüche aus der Geschäftsführung ohne Auftrag haben könne. Dies sei auch der Standpunkt der BGB-Verfasser gewesen, wie dem von der zweiten Kommission gestrichenen §§ 759 E I zu entnehmen sei. Ursprünglich habe man im Gesetz folgende Regelung aufnehmen wollen:

"Die Anwendung der Regeln der GOA wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Geschäftsführer zu der Geschäftsbesorgung durch ein eigenes oder durch das Interesse eines Dritten bestimmt worden ist."

Zwar sei die Begründung der zweiten Kommission, die zur Streichung dieser Bestimmung geführt habe, nicht zutreffend 132.). Die Aufgabe der ursprünglich ins Auge gefaßten Formulierung zeige aber die Absicht und Intention der BGB-Verfasser, wonach die Geschäftsführung ohne Auftrag von der "Freiwilligkeit" des Handelnden geprägt sein soll, auch wenn der Begriff wegen seiner Unbestimmtheit nicht im Tatbestand der GOA aufgenommen werden konnte 133.) Derjenige, der eigene Geschäfte führe, solle nach dem Willen des Gesetzgebers keine Ansprüche aus GoA haben.

132.) Anm.: Die zweite Kommission hatte § 759 E I mit der Begründung gestrichen, daß das Interesse, welches der Geschäftsführer an der Ausführung eines Geschäfts habe, nur ein Motiv für sein Handeln darstelle und deswegen schon aus allgemeinen Grundsätzen keine Beachtung finde.

133.) Schubert AcP 178 (1978) S. 430;
Schubert NJW 1978, 687

Demzufolge könne die Systematik des BGB nur dadurch erhalten bleiben, daß bei sowohl eigenem als auch fremdem Geschäft der Geschäftsführungswille anhand von äußeren oder inneren Merkmalen positiv festgestellt werde 134.).

bb. Analyse und Kritik

Wie bereits erwähnt, ist die Anwendung der Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag im Hinblick auf die Frage, ob ihr das "auch fremde Geschäft" unterfällt, wie kaum ein anderes heftiger Kritik ausgesetzt. Dies hat seine Ursache nicht zuletzt darin, daß es für die kritischen Fallkonstellationen gleichzeitiger Erfüllung eigener und fremder Pflichten an brauchbaren Abgrenzungskriterien fehlt. Dies führt zu dem Umstand, daß bei der Definition des fremden Geschäfts häufig schwer erkennbar ist, ob Aussagen wie "Förderung fremden Interesses" einen tatsächlichen Erfolg oder eine Absicht des Geschäftsführers beschreiben. Der allgemeine Sprachgebrauch versteht aber unter dem Führen oder Besorgen eines Geschäfts sicherlich vorrangig - wenn nicht sogar ausschließlich - ein Verhalten mit wirtschaftlichem Bezug 135.).

134.) Schreiber DB 1979, 1397 (1401)

135.) Stein S. 35

Bei der Prüfung der Frage, ob das "auch fremde Geschäft" dem Tatbestand des § 677 BGB unterfällt, ist zunächst zu untersuchen, ob nach dem Willen des Gesetzgebers und der Systematik des Gesetzes die GoA hierauf überhaupt Anwendung finden kann. Erst für den Fall des Bejahens muß geprüft werden, welche Anforderungen an den subjektiven Tatbestand, nämlich den Fremdgeschäftsführungswillen, zu stellen sind. Erst nach Ermittlung dieser Kriterien kann dann (vgl. cc) geprüft werden, ob die Abmahnung eine Fremdgeschäftsführung beinhaltet.

(1) Historische Entwicklung und Intention des Gesetzgebers

Die Geschäftsführung ohne Auftrag war ein schon im römischen Recht unter der Bezeichnung "Negotiorum-Gestio" bekanntes Rechtsinstitut, das ursprünglich den Fall betraf, daß ein Freund das Vermögen eines von Rom abwesenden Bürgers verwaltete, insbesondere einen Prozeß für ihn führte.^{135a.)} Die theoretische Verarbeitung dieses Rechtsinstitutes begann im 19. Jahrhundert, wobei sich die objektive Theorie und die sogenannte Quasikontraktstheorie gegenüberstanden, nach der eine Willensübereinstimmung der Beteiligten erforderlich sein sollte. Nach einer weiteren, von Kohler entwickelten Theorie der Menschenhilfe sollte die Geschäftsführung ohne Auftrag Hilfsbedürftigkeit voraussetzen. Als Altruismus faßte Kohler

^{135a.)} ausführlich dazu: Wollschläger

jede Förderung eines fremden Interesses auf, auch wenn ein eigenes Interesse mitberührt sei.

Die herrschende Meinung im 19. Jahrhundert bestimmte den Modelltatbestand auftragsloser Geschäftsführung mit Uneigennützigkeit und Freiwilligkeit seitens des Geschäftsführers sowie Hilfsbedürftigkeit seitens des Geschäftsherrn 136.).

Diese Thesen wurden allerdings von den Verfassern des BGB nicht übernommen, indem sie eine Beschränkung der Geschäftsführung ohne Auftrag auf uneigennützige Tätigkeiten ausdrücklich ablehnten, also ein rein altruistisches Verhalten nicht verlangten 137.). Man ging vielmehr davon aus, daß jemand, der ein fremdes Geschäft in bester Absicht besorge, gleichzeitig nicht allein im Interesse des Geschäftsherrn handele, sondern zugleich das eigene Geschäft mit berücksichtige. Daraus, daß die ursprüngliche Fassung des § 759 E I. gestrichen wurde, läßt sich nicht der Schluß ziehen, der Gesetzgeber habe das "auch fremde Geschäft" nicht unter die GOA fallen lassen und nur

136.) JherJb 25 (1887), 1, 42 ff.; vgl. ausführlich hierzu Wollschläger S. 26 ff., 97; Wollschläger JA 1979, 58 ff.

137.) Vgl. § 759 E I, Protokoll der ersten Kommission (Berlin 1881-1889) S. 1485 ff.

die ausschließlich fremde Geschäftsführung hierunter verstehen wollen. Der Grund für die Streichung der ursprünglichen Fassung lag darin, daß das Interesse, welches der Geschäftsführer an der Ausführung eines Geschäfts habe, nur ein unbeachtliches Motiv für sein Handeln darstellen sollte 138.).

Zusammengefaßt zeigen die Gesetzesmaterialien zweifelsfrei, daß die Verfasser des BGB die Anwendung der Geschäftsführung ohne Auftrag nirgends auf uneigennütziges Handeln beschränken wollten, so daß grundsätzlich das "auch fremde Geschäft" als Geschäftsführung im Sinne der GOA angesehen werden kann 139.).

(2) Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal des Fremdgeschäftsführungswillens

Zentrale Frage der Untersuchung ist somit, welche Anforderungen an den subjektiven Tatbestand, nämlich den des Fremdgeschäftsführungswillens zu stellen sind, das heißt, ob man die vom BGH aufgestell-

138.) vgl. Protokolle II Band 2 S. 741; Schubert AcP 1978, 431 hält diese Begründung für nicht zutreffend, ist im Ergebnis allerdings gleicher Auffassung

139.) vgl. noch: Wollschläger GOA S. 37 ff.

te Vermutungsregel für den Fremdgeschäftsleitungswillen auf das "auch fremde Geschäft" ausdehnen kann oder nicht. Nach dem Wortlaut des § 677 BGB setzen die Ansprüche des Geschäftsführers aus einer Geschäftsleitung ohne Auftrag lediglich voraus, daß jemand ein Geschäft für einen anderen besorgt hat. Der Gesetzgeber hat damit über diesen objektiven Tatbestand hinaus keine subjektiven Erfordernisse bzw. Merkmale in die Norm mit aufgenommen. Wie sich aber aus den Gesetzesmaterialien ergibt, hat die erste Kommission der objektiven Theorie, die die objektive Leitung fremder Geschäfte für die Negotiorum-Gestio genügen ließ, eine klare Absage erteilt und - wie aus § 687 Abs. 1 BGB hervorgeht - das Fremdgeschäftsleitungsbewußtsein zum unverzichtbaren Merkmal der Geschäftsleitung ohne Auftrag gemacht. Auch nicht gefolgt wurde der von Kohler entwickelten Theorie der Menschenhilfe und der sogenannten Quasikontraktstheorie, die die Notwendigkeit einer Willensübereinstimmung der Beteiligten betonte und damit die Negotiorum-Gestio in die Nähe des Vertragsrechts rückte 140.).

140.) Mü-Komm.-Seiler vor § 677 Rdn. 2; Wollschläger S. 41: "Die in dem Wort "Quasi" ausgedrückte Ähnlichkeit mit den Verträgen beruht auf der Übereinstimmung mit der Rechtsfolge des Auftrages, mit Ähnlichkeiten darf man sich aber nicht zufrieden geben."

Die Geschäftsführung ohne Auftrag ist somit unter zwei Hauptgesichtspunkten zu betrachten, nämlich dem des objektiven Verhaltens des Geschäftsführers und dem seines Geschäftsführungswillens. Diese beiden tatsächlichen Elemente sind notwendigerweise in § 677 BGB enthalten, letzteres allerdings erst über § 687 BGB. Es fragt sich somit, ob es zulässig sein kann, wenn bei einem "auch fremden Geschäft" der entsprechend zu fordernde Fremdgeschäftsführungswille, dessen Erforderlichkeit der Gesetzgeber zwar tatbestandsmäßig nicht in § 677 BGB normiert, aber in § 687 BGB zum Ausdruck gebracht hat, vermutet wird.

Am ausführlichsten mit dieser Problematik hat sich Wollschläger in seiner Habilitationsschrift befaßt. Er ist zwar der Auffassung, daß die Bedeutung des Geschäftsführungswillens heute unter dem fortwirkenden Einfluß der pandektistischen Quasikontraktstheorie generell überschätzt werde ^{141.)}, bezeichnet aber zugleich den Geschäftsführungswillen als unabhängiges Tatbestandsmerkmal. Die wirkliche Funktion des Geschäftsführungswillens sei rechtstechnischer Natur; er solle den Anwendungsbereich der §§ 677 ff. BGB von denjenigen Ausgleichsschuldverhältnissen (z.B. § 812 BGB) abgrenzen, denen gleichermaßen der objektive Tatbestand der Führung eines fremden Geschäfts zugrundeliegen kann ^{142.)}. Gleichzeitig verweist er auf § 687 BGB, wonach das

^{141.)} Wollschläger S. 71, 72

^{142.)} Wollschläger S. 73

Geschäftsführungsbewußtsein als kognitives Element des Geschäftsführungswillens verlangt werde. Der Geschäftsführer müsse zumindest nach einer Parallelwertung in der Laiensphäre wissen, daß der erreichte oder angestrebte Erfolg seines Handelns auch der Rechts- und Interessenssphäre eines anderen angehöre^{143.)}.

Dieser Gedanke der Parallelwertung in der Laiensphäre, der in erster Linie im Strafrecht zur Ermittlung des Vorsatzes gemäß § 15 StGB entwickelt worden ist, bildet auch bei Feststellung des Fremdgeschäftsführungswillens den richtigen Ansatzpunkt. Bei einem Geschäft, das nach seinem objektiven Inhalt zwei Rechtskreise, nämlich den des Handelnden und den des Geschäftsherrn betrifft, kann man nicht von vornherein feststellen, daß sich der Handelnde darüber im Klaren war, daß er das Geschäft eines anderen zumindest mitregelt. Denn die größere Betroffenheit des eigenen Rechtskreises des Handelnden kann dazu führen, daß sein Eigeninteresse das fremde derart überlagert, daß dieses ohne Gewicht bleibt. Das Kennen der Umstände, aus denen sich das "Betroffensein" des fremden Rechtsskreises ergibt, muß die Grundvoraussetzung für die Feststellung des Fremdgeschäftsführungswillens bilden. Dabei braucht von dem Handelnden nicht verlangt zu werden, daß er die tatsächlichen Voraussetzungen, aus denen sich die Tätigkeit im fremden

143.) Wollschläger a.a.O.; ähnlich
Enneccerus-Nipperdey, § 145 II A 1
b für Feststellung des Rechtsfolge-
willens

Rechtskreis ergibt, mit der gleichen Exaktheit zu den Bewertungskriterien des Rechts in Beziehung setzt, wie dies gegebenenfalls der Richter tut. Ausreichend ist vielmehr, daß der Handelnde aufgrund einer Parallelwertung in der Laiensphäre das Bewußtsein hat, auch im fremden Rechtskreis tätig zu werden.

Welche Kriterien wiederum bei der Anwendung der Parallelwertung in der Laiensphäre eine Rolle spielen, ist damit noch nicht entschieden. In diesem Zusammenhang findet sich aber ein weiterer Ansatzpunkt in den Überlegungen Steffens ^{144.)}. Danach spreche lediglich bei ausschließlich fremden Geschäften von vornherein eine Vermutung für den Fremdgeschäftsführungswillen; bei dem "auch fremden Geschäft" könne diese Vermutung nicht Platz greifen, da dieses Geschäft eine Schlußfolgerung auf einen bestimmten Willen des Ausführenden nicht zuließe. Nur wenn sich bei einem solchen Geschäft aus den Umständen des Einzelfalles objektiv ausreichende Anhaltspunkte für das Vorhandensein des Willens des Geschäftsführers ergäben, das Geschäft auch für einen Dritten zu führen, könne die vom BGH aufgestellte Vermutung Platz greifen. Dabei ist ausdrücklich zu betonen, daß für die Vermutung ausreichende Anhaltspunkte nur darin liegen können, daß die Angelegenheit in erster Linie diejenige eines anderen ist. Man kann das vom Gesetz geforderte Fremdgeschäftsführungs-

^{144.)} RGRK Steffen vor § 677 Rdn. 47, 58

bewußtsein nicht unabhängig von dem Grad der Betroffenheit der beteiligten Rechtskreise feststellen. Soweit der Rechtskreis des Geschäftsherrn nach objektiven Beurteilungskriterien nur in zweiter Linie berührt wird, müssen an die Feststellung des Fremdgeschäftsführungsbewußtseins strengere Anforderungen gestellt werden, als wenn es in erster Linie das Geschäft des Geschäftsherrn ist. Ausreichende Anhaltspunkte für eine Vermutung sind somit nur dann zu bejahen, wenn die Angelegenheit in erster Linie diejenige eines anderen ist. Demzufolge muß vor Feststellung des subjektiven Tatbestandsmerkmals zunächst einmal geklärt werden, welcher Interessen- und Rechtskreis mehr betroffen ist, der des Geschäftsführers oder der des Geschäftsherrn. 146.)

146.) vgl.: RGRK-Steffens vor § 677 Rdn. 48; Mü.-Komm. - Seiler § 677 Rdn. 16;

Anm.: Daß Steffen (RGRK Steffen vor § 677 Rdn. 30, 13) im Ergebnis die vorprozessuale Abmahnung nicht unter die GOA fallen läßt, hat im Ergebnis seinen Grund darin, daß er hierin eine nur mittelbare Beziehung des besorgten Geschäfts zu einem Dritten und zu einem von diesem möglicherweise geschuldeten Erfolg sieht, was er nicht ausreichen läßt.

Schließlich ist der an der Rechtsprechung des BGH geübten Kritik darin beizupflichten, daß die Vermutung des Geschäftsführungswillens bei der Besorgung eigener und zugleich fremder Geschäfte weitgehend den Charakter einer Fiktion annimmt. Denn wenngleich der BGH von einer tatsächlichen Vermutung ausgeht, die widerleglich ist, läuft dies letztlich auf eine Fiktion hinaus. Der Fremdgeschäftsführungswille ist nämlich ein subjektives Tatbestandsmerkmal und deshalb im Prozeß nur schwer nachzuweisen. Als einziges Beweismittel kommt oft, vor allen in Fällen kurz entschlossener "Nothilfe", die Parteivernehmung in Betracht, die regelmäßig nur eine geringe Beweiskraft besitzt. Insbesondere fragt es sich, ob der Geschäftsführer, der Ansprüche aus der GOA herleitet, nicht im nachhinein seinem Handeln eine Richtung beilegt, die es tatsächlich nie gehabt hat. Wenn der Geschäftsführer allerdings weiß, daß er seinen Aufwendungsersatz nur nach den Regeln der GoA geltend machen kann, wird er sicherlich im Fall der Anhörung gemäß § 141 ZPO oder als zu vernehmende Partei (§ 445 ZPO) vortragen, daß er mit Fremdgeschäftsführungswillen gehandelt habe. Für den Prozeßgegner gibt es dann keinerlei Möglichkeiten, fehlendes Fremdgeschäftsführungsbewußtsein zu beweisen

und damit die vom BGH aufgestellte tatsächliche Vermutung zu widerlegen. Im Ergebnis läuft deshalb die Vermutung auf eine Fiktion hinaus. Das auch objektiv fremde Geschäft sollte deshalb nicht Grundlage einer solchen tatsächlichen Vermutung sein. 148.)

(3) Ergebnis und Überleitung auf die untersuchte Fragestellung

Dieses gefährliche Rechtsinstrument der Tatsachenvermutung, das praktisch auf eine Fiktion hinausläuft, ist entbehrlich, wenn man zunächst einmal den Charakter des Geschäfts nach objektiven Zuordnungskriterien bestimmt und sodann je nach Intensität der Berührung der Rechtskreise überprüft, ob der Geschäftsführer auch fremde Angelegenheiten mitbesorgen wollte. Wenn das Geschäft in erster Linie einen anderen betrifft bzw. ihm in erster Linie zugute kommt, dürften nach der Parallelwertung in der Laien-

148.) Vgl. im Ergebnis übereinstimmend
Stein S. 119, 145

sphäre ausreichende Anhaltspunkte dafür erkennbar sein, daß der Geschäftsführer auch mit Fremdgeschäftsführungswillen gehandelt hat. Wenn der fremde Rechtskreis aber nur am Rande, eventuell nur als Reflex mitberührt worden ist, müssen zusätzliche Anhaltspunkte für den Fremdgeschäftsführungswillen konkret ermittelt werden. Es sind also mehr tatsächliche Feststellungen erforderlich, so daß die vom BGH entwickelte Tatsachenvermutung nicht ausreicht. Es entspricht allgemeiner Überzeugung, daß der Fremdgeschäftsführungswille in irgendeiner Form nach außen in Erscheinung treten muß, zumal die Rechtsordnung allein an bloße innere Tatsachen keine Rechtsfolgen knüpfen darf.

Die vorstehenden Überlegungen haben gezeigt, daß es nicht für zulässig erachtet werden kann, beim "auch fremden Geschäft" den Fremdgeschäftsführungswillen zu vermuten. Auf der anderen Seite ist es auch nicht der richtige Weg, eine einfache, aber dogmatisch starre Regel dahingehend aufzustellen, daß gleichzeitige eigene Interessenwahrnehmung des Geschäftsführers bei den als "auch fremd" bezeichneten Geschäften die Fremdheit des Geschäfts ausschließe und den Weg in die Geschäftsführung ohne Auftrag versperre. Dem Anliegen, die GoA nicht zu einer Bil-

ligkeitsregel ausarten zu lassen, kann dadurch Rechnung getragen werden, daß man im Einzelfall den Grad der Betroffenheit der beteiligten Rechtskreise prüft und je nach Intensität verschiedene Anforderungen an die Feststellung des Fremdgeschäftsführungswillens stellt, der sich anhand einer Parallelwertung in der Laiensphäre ermitteln läßt 149.).

Im Hinblick auf die untersuchte Frage bedeutet dies, daß bei der Abmahnung zunächst einmal geprüft werden muß, inwieweit durch sie der Rechts- und Interessenkreis des Wettbewerbsstörers betroffen wird. Erst danach kann der Frage nachgegangen werden, ob der Abmahnende mit Fremdgeschäftsführungswillen gehandelt hat.

cc. Abmahnung als Fremdgeschäftsführung

(1) Feststellung der Tätigkeit des Abmahnenden im fremden Rechts- und Interessenkreis

Es stellt sich die Frage, worin bei der Abmahnung die nach § 677 BGB zu fordernde Fremdgeschäftsführung liegt.

Soweit der BGH in seinem "Photowettbewerbsurteil" die Voraussetzungen der §§ 677 ff. BGB damit begründet, daß die Ab-

149.) Vgl. im Ergebnis übereinstimmend hierzu auch Schwark JuS 1984, 324

mahnung im konkreten Interesse des Störers liege, der dadurch Gelegenheit erhalte, einen kostspieligen Rechtsstreit zu vermeiden, so kann dieser Gesichtspunkt der Kostenersparnis allein für eine Fremdgeschäftsführung nicht ausreichen. Zwar definiert die herrschende Meinung die Fremdheit des Geschäfts als eine Handlung, die dem Pflichten - oder Interessenkreis einer anderen Person zuzuordnen ist 150.). Daraus darf aber nicht die Schlußfolgerung gezogen werden, daß ausschließlich das konkrete Interesse und damit im vorliegenden Fall Kostenersparnisgesichtspunkte des Wettbewerbsstörers für die Fremdgeschäftsführung ausschlaggebend sind. Zu Recht wird dem BGH entgegengehalten 151.), daß er bei der Feststellung der betroffenen Rechtskreise zu sehr die konkreten Interessen berücksichtige und damit § 677 BGB mit § 683 BGB verwechsle. Das konkrete Interesse des Geschäftsherrn wird nämlich erst bei der Anwendung des § 683 BGB bedeutsam 152.). Der BGH hat aber die Fremdgeschäftsführung nicht nur mit dem Kosteninteresse

150.) Schwarz JZ 1966, 162 (166); Mü.-Komm.-Seiler § 677 Rdn. 5; Palandt-Thomas § 677 3 a; RGRK-Steffen vor § 677 Rdn. 10; Stein S. 18; BGH LM Nr. 2 zu § 677

151.) Larenz § 57 I c

152.) a. A. Ernst AcP 96, 450 (465) : Danach ist das Interesse in § 677 BGB und in § 683 BGB identisch.

des Wettbewerbsstörers begründet, sondern die Tätigkeit für den Abgemahnten in einer Hilfestellung des Abmahnenden bei der Ausräumung einer vom Abgemahnten ausgehenden Störung gesehen. Eine wirklich umfassende Bedeutung für die Erstattung von Abmahnungskosten kann die Konstruktion eines Anspruchs aus Geschäftsführung ohne Auftrag nur dann erlangen, wenn man mit dem BGH das Geschäft des Abmahnenden für den Abgemahnten nicht in einer Hilfestellung bei der Beseitigung des Wettbewerbsverstoßes selbst, sondern ausschließlich in seiner Mithilfe bei der Beseitigung der nach der Beendigung des Verstoßes regelmäßig noch nachwirkenden Wiederholungsgefahr erblickt ^{153.)}.

Gleichwohl hält Becker-Eberhard ^{154.)} diese Sichtweise des BGH für nicht unproblematisch. Sie setze nämlich voraus, daß die vom BGH ins Felde geführte Unklarheit hinsichtlich einer möglichen Wiederholung des Wettbewerbsverstoßes, mithin die Wiederholungsgefahr, tatsächlich als Störungszustand bezeichnet werden könne. Die Wiederholungsgefahr wiederum fungiere aber lediglich als Voraussetzung für die Geltendmachung eines Anspruchs auf Unterlassung. Die Frage, ob sie daneben selbst als gegenwärtige Störung angesehen und als solche zum Gegenstand eines Beseitigungsanspruchs gemacht werden könne, bleibe fraglich.

153.) So richtig Becker-Eberhard S. 117

154.) Becker-Eberhard a.a.O.

Dieser Überlegung ist entgegenzuhalten, daß es nicht darauf ankommt, ob die Wiederholungsgefahr selbst als gegenwärtige Störung angesehen werden kann. Die Untersuchung hat bereits gezeigt, daß die auf den Gesichtspunkt der GOA gestützten Kostenerstattungsansprüche auf die Fälle beschränkt sind, in denen es einer vorherigen außergerichtlichen Abmahnung nicht bedurft hätte, mithin der Mitbewerber ohne Kostennachteile gemäß § 93 ZPO direkt die Gerichte hätte anrufen können. Wenn trotz dieser Ausgangssituation der Abmahnende dem Störer die Möglichkeit zur außergerichtlichen Streitbeilegung bietet und dieser die Unterlassungserklärung unterzeichnet hat, ist die Wiederholungsgefahr als materiellrechtliche Anspruchsvoraussetzung des Unterlassungsanspruchs des Abmahnenden beseitigt. Der Wettbewerbsstörer braucht nachfolgend keiner weiteren Aufforderung nach Unterzeichnung einer strafbewehrten Unterlassungserklärung Folge leisten. Die durch seinen Wettbewerbsverstoß ausgehende Gefahr bzw. Störung ist endgültig gebannt. Gerade typische Fälle der Geschäftsführung für einen anderen sind aber doch die, in denen der Geschäftsbesorger die Wahrnehmung der Angelegenheit eines anderen bezweckt, um diesem einen Gefallen zu erweisen oder ihn vor Nachteilen zu bewahren 155.). Wenn demzufolge der Abmahnende nicht di-

155.) Larenz a.a.O.

rekt die Gerichte anruft, sondern dem Wettbewerbsstörer die Gelegenheit gibt, außerprozessual die Streitigkeit beizulegen, handelt es sich um ein gewisses Entgegenkommen und zugleich um einen objektiven Vorteil des Abgemahnten, denn unabhängig von Prozeßkosten ist auch er daran interessiert, keinem unnötigen Prozeß ausgesetzt zu sein. Dieser Vorteil im weitesten Sinne ist für ihn durch die Handlung des Abmahnenden bewirkt worden, so daß die Abmahnung eine Fremdgeschäftsführung beinhaltet.

Der mögliche Einwand, die Abmahnung sei deshalb keine Fremdgeschäftsführung, weil sich die Abmahnung in dem Hinweis auf den Wettbewerbsverstoß erschöpfe, geht fehl. Einem auf das Rechtsinstitut der Geschäftsführung ohne Auftrag gestützten Aufwendungsersatzanspruch kann nämlich der Abmahnende nur dann geltend machen, wenn der Störer tatsächlich die strafbewährte Unterlassungserklärung abgegeben hat; demzufolge muß die Abmahnung, will man an sie einen materiellrechtlichen Kostenersatzanspruch knüpfen, zum Erfolg geführt haben.

Nach alledem ist in der Abmahnung eine Fremdgeschäftsführung im Sinne des § 677 BGB zu sehen.

(2) Feststellung des Fremdgeschäftsführungswillens

Es stellt sich ferner die Frage, ob nach der Parallelwertung in der Laiensphäre Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, daß der Abmahnende auch mit Fremdgeschäftsführungswille

führungswillen gehandelt hat. Diese Frage ist eindeutig zu bejahen, da die Untersuchung gezeigt hat, daß der Abmahnende zur Wahrung seiner Rechte auch ohne Kostennachteile direkt die Gerichte hätte anrufen können. Wenn er dem Wettbewerbsstörer gleichwohl die Gelegenheit bietet, den Streitfall außergerichtlich durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung beizulegen, so handelt es sich hierbei um ein erhebliches Entgegenkommen. Gewährt man nämlich dem Wettbewerbsstörer eine Überlegungsfrist von mehreren Tagen, so zeigt dies, daß der Abmahnende durch die Abmahnung sogar schlechter gestellt wird. Denn für den Fall eines Antrages auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung wird hierüber in den meisten Fällen innerhalb von 24 Stunden von der beim jeweiligen Landgericht zuständigen Kammer für Handelssachen entschieden. Auf dem Rechtsweg erhält der Abmahnende somit ein schnelleres "Ergebnis", als wenn er zuvor außergerichtlich abmahnt. Wenn somit der Mitbewerber weiß, daß er direkt die Gerichte anrufen kann, ohne Kostennachteile befürchten zu müssen, handelt er mit Fremdgeschäftsführungsbewußtsein, wenn er gleichwohl in Kenntnis dessen dem Abmahnenden außergerichtlich die Gelegenheit bietet, den Streit beizulegen.

c. Handeln des Abmahnenden im Interesse des Abgemahnten, § 683 BGB

Berechtigt ist die Geschäftsführung ohne Auftrag gem. § 683 BGB, wenn die Über-

nahme des Geschäfts, mithin die Abmahnung, dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Störers entsprochen hat.

Dem Interesse des Geschäftsherrn entspricht die Geschäftsführung, wenn sie für den Geschäftsherrn objektiv nützlich ist, sich also vorteilhaft auswirkt 157.). Bei dem Willen des Geschäftsherrn ist in erster Linie der wirkliche - ausdrücklich oder konkludent geäußerte - Wille maßgebend. Erst wenn dieser nicht feststellbar ist, ist auf den mutmaßlichen Willen abzustellen. Das ist der Wille, den der Geschäftsherr bei objektiver Beurteilung aller Umstände geäußert hätte, wenn er bei Übernahme des Geschäfts gefragt worden wäre 158.). Es ist regelmäßig davon auszugehen, daß ein objektiv nützlich Geschäft dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht 159.). Weil in aller Regel ein abweichender wirklicher Wille nicht feststellbar ist, ist § 683 BGB bei objektiver Nützlichkeit des Geschäfts für den Geschäftsherrn regelmäßig erfüllt.

157.) Mü.-Komm.-Seiler § 683 Rdn. 4
m.w.N.; BGHZ 16, 12 (16)

158.) Palandt-Thomas § 683 Anm. 3 b; RGRK
Steffen vor § 677 Rdn. 73

159.) Mü.-Komm.-Seiler § 683 Rdn. 10,
m.w.N.

Es stellt sich vorliegend somit zunächst einmal die Frage, ob die Abmahnung für den Geschäftsherrn objektiv nützlich, mithin vorteilhaft ist. Es soll deshalb an dieser Stelle untersucht werden, ob und gegebenenfalls welche Kosten dem Störer durch die Abmahnung erspart werden. Dies setzt einen Vergleich der Kosten einer erteilten Abmahnung mit denen eines direkten gerichtlichen Vorgehens voraus. Die Vorschrift des § 25 UWG, der zufolge bei wettbewerblichen Unterlassungsansprüchen die widerlegbare Vermutung der Dringlichkeit begründet ist 160.), führt dazu, daß diese Ansprüche in der Regel nicht im Wege der Klage, sondern im Wege des Antrages auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung gerichtlich geltend gemacht werden. Nahezu alle Wettbewerbsverstöße werden in der Praxis in der Form dieser Verfahrensart angegriffen. Von 100 Anträgen müssen etwa nur 10 als unbegründet zurückgewiesen werden, über weitere 90 Anträge wird positiv, meist durch Beschluß - unter Bejahung der besonderen Dringlichkeit gem. § 937 Abs. 2 ZPO - ohne mündliche Verhandlung und damit im Eilverfahren entschieden 161.).

160.) h. M.: OLG Hamm WRP 81, 224 (225); OLG Düsseldorf WRP 85, 266 ff.; OLG Hamburg WRP 77, 811 ff.; OLG Köln WRP 77, 426 (427); OLG Stuttgart WRP 76, 54; Nirk/Kurtze Rdn. 220; Baumbach-Hefermehl § 25 Rdn. 6

161.) Anm.: Eine entsprechende Statistik gibt es zwar nicht, entspricht aber der Erfahrung aller Vorsitzenden der Kammern für Handelssachen.

Hinsichtlich der vom BGH ins Felde geführten Kostenersparnis ist der Wettbewerbsliteratur und insbesondere dem BGH vorzuwerfen, daß man im konkreten Fall nicht geprüft hat, ob und in welchem Umfang dem Verletzer überhaupt Kosten erspart werden. Soweit ersichtlich, hat sich bisher nur das KG Berlin 162.) mit der Frage befaßt, welche Kosten durch eine Abmahnung und welche durch direkte Anrufung des Gerichts in Form eines Antrages auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung entstehen. Dieses Gericht hat allerdings ohne nähere Begründung die Rechtsanwalts- und Gerichtskosten einer einstweiligen Verfügung nach einem Streitwert berechnet, der nur ein Drittel des Streitwerts ausmacht, der bei einer Abmahnung zugrundegelegt ist. Darüber hinaus hat dasselbe Gericht im Rahmen der Abmahnkosten eine Rechtsanwaltsgebühr gemäß § 118 BRAGO in Höhe von nur 5/10 zugrundegelegt.

So erfreulich der Ansatzpunkt in den Entscheidungsgründen dieses Gerichts gewesen ist, nämlich die Kosten überhaupt einmal alternativ gegenüberzustellen, so oberflächlich wurde allerdings mit den im Rahmen des Kostenrechts bestehenden Streitfragen umgegangen. Deshalb sollen nachstehend einmal ausführlich die alternativ zur Entstehung gelangenden Tatbestände näher geprüft werden.

162.) KG Berlin WRP 74, 111, 112

aa. Kosten der außergerichtlichen Abmahnung

(1) Der Gebührentatbestand

Selbst wenn eine Abmahnung nur als Schreiben einfachster Art erscheint, kann der Rechtsanwalt statt der in § 20 BRAGO für eine solche Tätigkeit vorgesehenen Vergütung Gebühren nach § 118 BRAGO verlangen, wenn der erteilte Auftrag über die Abfassung und Absendung eines Schreibens hinausging 163.) Da der Rechtsanwalt in der Regel ein Mandanten-gespräch führt und dabei die Sach- und Rechtslage anhand der neuesten Rechtsprechung im Hinblick auf das UWG überprüfen muß, geht seine Tätigkeit sicherlich über den im § 20 BRAGO begrenzten Rahmen hinaus, so daß grundsätzlich als Gebührentatbestand § 118 BRAGO Platz greift. Ob anstelle von § 118 BRAGO lediglich § 32 BRAGO Anwendung findet, richtet sich danach, ob dem Rechtsanwalt bereits Klageauftrag seitens seines Mandanten erteilt worden ist oder nicht 164.). Wenn dem Rechtsanwalt nämlich bereits Klageauftrag vorliegt, greift ausschließlich

163.) BGH NJW 1983, 2451 ff.

164.) Dies dürfte seit BGH GRUR 1973, 384, 385 endgültig klargestellt sein; der BGH hat hier ungefragt zu diesem Problemkreis eindeutig Stellung bezogen.

der Gebührentatbestand des § 32 BRAGO Platz; lediglich, wenn er zunächst nur mit außergerichtlicher Abmahnfähigkeit beauftragt worden ist und die Entscheidung, einen Rechtsstreit zu führen, von späteren Umständen abhängen soll, ist er berechtigt, die Rahmengebühren gemäß § 118 BRAGO zu berechnen 165.).

Der Beruf eines Rechtsanwalts als freies und unabhängiges Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO) beinhaltet zwar keine auf Gewinnerzielung gerichtete Gewerbetätigkeit, jedoch kann man es einem Rechtsanwalt nicht verdenken, wenn er seine Bemühungen so ausrichtet, daß er die - gesetzlich zulässige - höhere Gebühr berechnen kann. Die Praxis zeigt deshalb, daß Anwälte ihre Schreiben so abfassen, daß man nach Ablauf der Frist seinem Mandanten anraten werde, den Klageweg zu beschreiten. Nur dann ist der Gebührentatbestand des § 118 BRAGO eröffnet und der Anwalt erhält die Möglichkeit, eine höhere als die in § 32 BRAGO festgesetzte 5/10 Gebühr in Ansatz zu bringen.

Soweit aber § 118 BRAGO Anwendung findet, muß berücksichtigt werden, daß es sich hierbei um Rahmengebühren handelt, deren Höhe der Rechtsanwalt nach eigenem Ermessen bestimmt (§ 12 BRAGO). Von einfachen Sachverhalten abgesehen, wird für Wettbewerbsstreitigkeiten im Gegensatz zu den Feststellungen des KG Berlin eine mittlere Gebühr von 7,5/10 für angemessen er-

165.) OLG Hamburg WRP 81 470, 471

achtet 166.).

Auch die Rechtsanwaltskammer beim OLG Hamm hat grundsätzlich zu der Frage Stellung bezogen, ob ein Rechtsanwalt bei Abfassung eines wettbewerbsrechtlichen Abmahnschreibens eine 7,5/10 Gebühr gem. § 118 BRAGO in Ansatz bringen kann 167.). Im Rahmen ihrer gutachterlichen Stellungnahme ist die Kammer zu dem Ergebnis gelangt, daß sämtliche Bemessungskriterien des § 12 BRAGO ein solches Schreiben als durchschnittlich erscheinen lassen, so daß der Ansatz einer 7,5/10 Gebühr gemäß § 118 BRAGO nicht als unbillig bezeichnet werden kann.

Es soll an dieser Stelle nicht verkannt werden, daß es auch zahlreiche Entscheidungen gibt, nach denen nur 5/10 Gebühren im Rahmen des § 118 BRAGO zuerkannt wurden 168.). Dies beruhte allerdings da-

166.) OLG Hamburg WRP 81, 470, 473; 1982, 477; OLG Karlsruhe WRP 81, 405; OLG Köln GRUR 79, 76; OLG Frankfurt WRP 82, 335, 337; GRUR 85, 239; OLG Stuttgart WRP 82, 361; LG Lübeck WRP 81, 62, 63; OLG Nürnberg/Fürth WRP 81, 489, 490; LG Hamburg WRP 83, 239; AG Kempten WRP 77, 750 (751); AG Hamburg WRP 79, 492 (493); AG Saarbrücken Anw.-Bl. 81, 114, 115; AG Nürnberg WRP 82, 490

167.) AG Recklinghausen - 16 C 145/86 -: Hier wurde zur Höhe der Gebühr ein Gutachten der Rechtsanwaltskammer im Bezirk des OLG Hamm eingeholt, Geschäftsnummer II 14

168.) OLG München WRP 82, 542, 543; OLG Stuttgart WRP 84, 230, 231; LG Berlin WRP 80, 360 ff.; LG Hamburg WRP 81, 55 ff.; LG Düsseldorf NJW 82, 239 ff.

rauf, daß auch nur deren Erstattung verlangt worden war.

Nach alledem bleibt festzuhalten, daß nach heute ganz überwiegender Auffassung der Rechtsanwalt seine Abmahnkosten aus dem Gebührentatbestand des § 118 BRAGO in Höhe von 7,5/10 ableiten kann.

(2) Höhe des Streitwertes

Es stellt sich sodann die Frage, nach welchen Kriterien der Rechtsanwalt seinen aus § 118 BRAGO gegebenen Gebührenanspruch berechnen kann. § 7 BRAGO besagt, daß die Gebühren nach dem Wert berechnet werden müssen, den der Gegenstand der anwaltlichen Tätigkeit gehabt hat. Da es jedoch bei wettbewerblichen Streitigkeiten an Wertvorschriften im Sinne des § 8 BRAGO fehlt, läßt sich der Streitwert nur nach allgemeinen Kriterien ermitteln. Maßgebend für die Streitwertfestsetzung ist das nach objektiven Maßstäben zu bestimmende Interesse des Verletzten an dem mit der Abmahnung verfolgten Anspruch, wobei nicht zuletzt wirtschaftliche Gesichtspunkte ausschlaggebend sind^{169.)}. Obwohl es Regelstreitwerte in Wettbewerbsstreitigkeiten nicht gibt und die Streitwertpraxis in Wettbewerbssachen

169.) Für Klagen: BGH GRUR 73, 208, 209;
BGH GRUR 70, 558, 559; Rosenberg-Schwab § 32 IV 1

nach wie vor unübersichtlich ist 170.), haben sich Anhaltspunkte für Verstöße unterschiedlicher Art gebildet. Für kleinere Wettbewerbsstreitigkeiten, die bei kleineren Unternehmen und einfachen Verstößen -zum Beispiel gegen Rabattbestimmungen- angenommen werden, ist von einem Streitwert in Höhe von 10.000,00 DM bis 40.000,00 DM auszugehen. Für mittlere Wettbewerbsstreitigkeiten, die sich ebenfalls nach Intensität des Verstoßes und nach Größe des Unternehmens richten, kann der Streitwert von 50.000,00 DM bis zu 250.000,00 DM betragen, für größere Wettbewerbsstreitigkeiten sogar über 250.000,00 DM 171.).

Bei diesen Wertbestimmungen handelt es sich allerdings um die Festsetzung von Streitwerten im Rahmen eines Hauptsacheverfahrens, so daß sich in diesem Zusammenhang die Frage stellt, ob zwischen dem Streitwert der Abmahnung und dem des Hauptklageverfahrens Identität besteht. Dies wird heute von der ganz herrschenden Meinung in der Wettbewerbspraxis bejaht. Danach ist der Streitwert der Abmahnung derjenige, den die Hauptsache, nämlich die Unterlassungsklage gehabt hätte. Ziel der Abmahnung sei nämlich die endgültige Unterlassung wettbewerbswidrigen Verhaltens bei gleichzeitiger Übernahme einer Vertragsstrafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr. Der Unterlassungsgläubiger

170.) Schneider MDR 1986, 267

171.) Vgl. Gloy-Seibt § 68 Rdn. 5 m.w.N.

soll wie durch ein endgültiges gerichtliches Urteil klaglos gestellt werden (172.).

Eine andere Auffassung wird von Nordemann (173.) vertreten. Danach soll die Abmahnung den Streitwert des Verfügungsverfahrens haben, welches wiederum unter dem Wert des Hauptsacheverfahrens liege. Die weitergehende Ansicht der herrschenden Meinung, wonach schon für die Abmahnung der Wert der Hauptklage zugrundegelegt sei, weil die geforderte Unterwerfungserklärung auch diese erledige, treffe im Regelfall schon deshalb nicht zu, weil nach § 82 ZPO die Vollmacht für das Verfügungsverfahren (mit der die Abmahnung ausgesprochen werde) nicht auch das Hauptklageverfahren umfasse. Soweit der Abmahnung also nicht zugleich die Hauptklage, sondern zunächst ein Verfügungsverfahren folge, bleibe dessen Streitwert maßgebend.

Diese Mindermeinung hält einer näheren Überprüfung nicht stand. Zunächst einmal vertritt Nordemann zwar die Auffassung, daß der Streitwert des einstweiligen Verfügungsverfahrens wertmäßig niedriger als der des Hauptklageverfahrens zu bemessen sei, worin ihm - wie nachstehend noch auszuführen sein wird - grundsätzlich zu folgen ist. Die Auffassung von Nordemann

172.) OLG Köln WRP 78, 918; KG WRP 77, 793; Pastor S. 191 m.w.N.; Amann 4.1.34

173.) Nordemann Rdn. 638 a

verkennt aber, daß die Praxis zeigt, daß der Anwalt gerade nichts von einem bereits erteilten Klage- oder Verfügungsauftrag erwähnt. Wie bereits untersucht, kann der Rechtsanwalt die höhere Rahmengebühr in Höhe von 7,5/10 aus § 118 BRAGO nur dann herleiten, wenn er nur mit der Abmahnung und nicht bereits mit dem anschließenden Gerichtsverfahren beauftragt worden ist. Übt der Anwalt eine den Hauptprozeß vorbereitende Tätigkeit aus (§ 37 Nr. 1 BRAGO), so steht ihm nur die 5/10 Gebühr gem. § 32 BRAGO zu. Demzufolge werden die bereits von dem Rechtsanwalt vorbereiteten strafbewehrten Unterlassungserklärungen im Hinblick auf die gesetzte Unterwerfungsfrist so formuliert, daß der Anwalt nach deren Ablauf seinem Mandanten anraten werde, gerichtliche Schritte einzuleiten, wobei im Einzelfall noch nicht festgelegt wird, ob der zweckmäßige Weg des einstweiligen Verfügungsverfahrens gewählt wird. Demzufolge ist festzuhalten, daß der Wert der Abmahnung, die auf eine endgültige Unterlassung wettbewerbswidrigen Verhaltens gerichtet ist, dem der Hauptklage gleichzusetzen ist.

Die Kosten von Abmahnungen berechnen sich für kleinere, mittlere und größere Wettbewerbsstreitigkeiten unter folgenden Wertansätzen, wobei infolge der Vorsteuerabzugsberechtigung der Unternehmen gemäß § 15 UStG nur die Nettokosten ermittelt werden:

Wert: 15.000,00 DM

Gebühr gem. § 118 BRAGO 7,5/10
Gebühr gem. § 26 BRAGO

507,80 DM
<u>40,00 DM</u>
547,80 DM

Wert: 150.000,00 DM

Gebühr gem. § 118 BRAGO 7,5/10	1.335,00 DM
Gebühr gem. § 26 BRAGO	<u>40,00 DM</u>
	1.375,00 DM

Wert: 300.000,00 DM

Gebühr gem. § 118 BRAGO 7,5/10	2.047,50 DM
Gebühr gem. § 26 BRAGO	<u>40,00 DM</u>
	2.087,50 DM

Der Vollständigkeit halber muß aber darauf hingewiesen werden, daß auch im Zusammenhang mit der Abmahnung weitere Gebührentatbestände ausgelöst werden können. Anders als bei dem Erlaß einer einstweiligen Verfügung durch ein Landgericht ist bei Aufforderung zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung der vermeintliche Verstoß noch von keinem Gericht überprüft worden, vielmehr nur von einem vom verletzten Mitbewerber eingeschalteten Rechtsanwalt. Die Praxis zeigt, daß bei außergerichtlichen Abmahnungen die Störer in fast Fällen ihrerseits - auch hier von Ausnahmefällen abgesehen - Rechtsrat suchen, um ihr als wettbewerbswidrig gerühtes Verhalten überprüfen zu lassen. Unter den Rechtsanwaltskollegen werden sodann häufiger Verhandlungen über Fristverlängerungen, Aufbrauchfristen, Höhe der Vertragsstrafe und insbesondere auch Höhe der Streitwertbemessung geführt. Führt die Abmahnung sogar zu einer Besprechung unter den Parteien, so löst dieser Tatbestand eine weitere Besprechungsgebühr in Höhe von 7,5/10 gem. § 118 Abs. 1, Satz 2 BRAGO

aus 174.)). Wird daneben noch eine Aufbrauchfrist gewährt, auf die der Störer keinen Rechtsanspruch hat, so entsteht eine zusätzliche Vergleichsgebühr 175.)). Die vorstehenden Ausführungen zeigen, daß sich die Abmahnkosten vielfach nicht nur in einer reinen Geschäftsgebühr erschöpfen, sondern sich im Falle einer weiteren Besprechungsgebühr nahezu verdoppeln können. Sollte sogar eine Vergleichsgebühr anfallen, würde sich die Berechnung nicht nur um eine weitere 7,5/10 Gebühr, sondern um eine ganze 10/10 Gebühr gem. § 23 BRAGO aus dem jeweiligen Streitwert erhöhen.

Legt man lediglich zugrunde, daß zwischen den Parteien eine Besprechung stattgefunden hat, würden sich die Abmahnkosten wie folgt erhöhen:

Wert: 15.000,00 DM

Gebühr gem. § 118 I 1 BRAGO 7,5/10	507,80 DM
Gebühr gem. § 118 I 2 BRAGO 7,5/10	507,80 DM
Gebühr gem. § 26 BRAGO	<u>40,00 DM</u>
	1.055,60 DM

Wert: 150.00,00 DM

Gebühr gem. § 118 I 1 BRAGO 7,5/10	1.335,00 DM
Gebühr gem. § 118 I 2 BRAGO 7,5/10	1.335,00 DM
Gebühr gem. § 26 BRAGO	<u>40,00 DM</u>
	2.710,00 DM

174.) OLG Frankfurt GRUR 1985, 239

175.) OLG Frankfurt a.a.O.

Wert: 300.000,00 DM

Gebühr gem. § 118 I 1 BRAGO 7,5/10 2.047,50 DM

Gebühr gem. § 118 I 2 BRAGO 7,5/10 2.047,50 DM

Gebühr gem. § 26 BRAGO 40,00 DM

4.135,00 DM

Eine Gegenüberstellung der alternativen Abmahn- und Verfahrenskosten ist erst dann möglich, wenn die Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens ermittelt worden sind.

bb. Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens

(1) Die Streitwertbemessung

Bemessungsfaktor der Kostenberechnung ist auch beim einstweiligen Verfügungsverfahren die Höhe des Streit- bzw. Gegenstandswertes. Außerhalb des Wettbewerbsrechts besteht Einigkeit darüber, daß der Streitwert eines einstweiligen Verfügungsverfahrens regelmäßig niedriger anzusetzen ist als der der Hauptsache 176.) Im Bereich des Wettbewerbsrechts gehen die Ansichten darüber auseinander, ob der Wert des einstweiligen Verfügungsverfahrens niedriger anzusetzen ist als der Wert des Hauptsacheverfahrens. Teilweise wird die Auffassung vertreten, daß der Streitwert der einstweiligen Verfügung

176.) Zöllner § 3 V.; Thomas-Putzo § 3
Anm. 2; OLG Köln VersR 1976, 740:
die Hälfte

mit dem Wert der Hauptsache identisch sei 176a.).

Nach einer anderen Auffassung ist in der Regel der Streitwert des einstweiligen Verfügungsverfahrens geringer zu bewerten als der der entsprechenden Hauptsacheklage 177.).

Diejenigen Gerichte, die eine Gleichbehandlung der Streitwerte bejahen, begründen dies stets damit, daß in einer Vielzahl von Fällen durch das Verfügungsverfahren der Wettbewerbsstreit endgültig beigelegt werde. Der Wert des Verfügungsverfahrens sei dann, lege man - wie es erforderlich sei - das Interesse des Antragsstellers zugrunde, mit demjenigen der Hauptklage identisch. Auch dann, wenn nicht von vornherein feststehe, daß das Verfügungsverfahren eine abschließende Bereinigung des Konflikts herbeiführe, sei es auch meist angebracht, Hauptklage und Verfügungsverfahren gleich zu behandeln, weil jedenfalls der Antragssteller von vornherein mit der Verfügung eine endgültige Regelung, nämlich die Erfüllung seines materiellrechtlichen Unterlassungsanspruchs, anstrebe.

Diese in der Praxis als herrschend zu bezeichnende Übung hält einer kritischen Würdigung nicht stand. Richtig ist, daß

176a) Pastor S. 191, 397; Zöllner § 3 IV S. 160; Thomas-Putzo § 3 Anm. 2; OLG Düsseldorf WRP 69 163, 164; OLG Hamburg WRP 80, 209, 213; WRP 81, 470, 473

177.) OLG Frankfurt GRUR 1959, 54; OLG Koblenz WRP 69, 166; OLG Celle Beschuß v.16.01.1980 AZ 13 BW 100/79

eine Gleichsetzung der Streitwerte in der Tat dann geboten erscheint, wenn das einstweilige Verfügungsverfahren den Streit endgültig beilegt. Dies ist etwa dann der Fall, wenn auf die einstweilige Verfügung Widerspruch gemäß § 924 ZPO eingelegt wird und in der dann anzuberaumenden mündlichen Verhandlung der Störer den Wettbewerbsverstoß zugibt und auf sein Widerspruchsrecht sowie andere Rechte gemäß § 926 ZPO verzichtet.

Die Kammern setzen aber in der Regel zeitgleich mit dem Erlaß einer einstweiligen Verfügung auch den Streitwert fest. Zu diesem Zeitpunkt kann das Gericht noch nicht wissen, ob der Antragsgegner gegen den Beschluß Widerspruch einlegt. Wenn gleich das Interesse des Antragsstellers durchaus auf endgültige Beilegung der Streitigkeit gerichtet sein mag, kann diese endgültige Beilegung vom Gericht, das den Streitwert sofort festsetzt, nicht vorausgesehen werden.

Ferner ist zu berücksichtigen, daß Gegenstand des Unterlassungs-/Verfügungsverfahrens und der erlassenen Unterlassungsverfügung eben nicht der materiellrechtliche Unterlassungsanspruch selbst, sondern der prozessuale Anspruch nach §§ 935, 940 ZPO auf Sicherung eines materiellrechtlichen Anspruchs ist 178.).

178.) h. M.: Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann Grundzüge §§ 916 Anm. 2 B; Baumbach-Hefermehl § 25 Rdn. 4; Thomas-Putzo Vorbemerkung § 916 Anm. 1; Zöllner vor §§ 916 Rdn. 5; Gloy-Spätgens § 81 Rdn. 2

Demnach ist es also etwas anderes, ob ein Unterlassungsanspruch im Wege der einstweiligen Verfügung oder in einem Hauptverfahren verfolgt wird. Im Hauptverfahren ist Streitgegenstand der materielle Anspruch, im Verfahren einer einstweiligen Verfügung der sich aus dem Prozeßrecht ergebende Anspruch auf einstweilige Regelung. Zwar hat die einstweilige Verfügung im Wettbewerbsrecht nahezu den Charakter einer Leistungsverfügung, da sie zu einer vorübergehenden Befriedigung des Unterlassungsgläubigers führt. Diese Erfüllungswirkung hat aber nur vorläufige Bedeutung und bewahrt daher auch in diesem Falle ihren Sicherungs- und Regelungscharakter. Der Unterlassungs- bzw. Leistungsanspruch ist Voraussetzung für den Erlaß der nachgesuchten Eilmaßnahme und nicht Gegenstand der gerichtlichen Entscheidung. Der Anspruch auf Unterlassung oder auf Leistung als solcher wird im Verfügungsverfahren nicht rechtshängig, über ihn ist grundsätzlich erst im Hauptsacheverfahren zu entscheiden 179.). Die Anordnung der Gerichte beim Erlaß einer einstweiligen Verfügung darf folglich gerade nicht zu einer ganzen oder teilweisen Befriedigung des Antragstellers führen, sondern lediglich zu seiner Sicherung, wenngleich sich bei Unterlassungsansprüchen praktisch eine teilweise, nämlich zeitweise Befriedigung nicht verhindern läßt.

179.) h. M. BGH GRUR 1979, 121; OLG München NJW 1963, 1014; OLG Stuttgart NJW 1969, 1721; Baumbach-Hefermehl § 25 Rdn. 4

In der Literatur 180.) wird zwar darauf hingewiesen, daß die Gerichte bei einstweiligen Verfügungen auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts generell wenig Zurückhaltung üben. Dies liegt aber fast immer daran, daß - meist durch Vorlage einer wettbewerbswidrigen Anzeige - der Sachverhalt unstreitig ist und gemäß § 25 UWG die Dringlichkeit vermutet wird. Das summarische Verfahren einer einstweiligen Verfügung ist deshalb - bis auf die Vollziehung - stets als besondere Form des Erkenntnisverfahrens anzusehen 181.).

Auch soweit Schneider 182.) bei Durchsetzung wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsansprüche im Eilverfahren eine Anpassung des Streitwerts an denjenigen der Hauptsache für gerechtfertigt erachtet, ist dem entgegenzuhalten, daß er dies nur deshalb so sieht, weil in einer Vielzahl von Fällen die einstweilige Verfügung im Ergebnis zu einer Verwirklichung des Hauptsacheanspruchs führt, zumal viele Antragsgegner von ihren Widerspruchsrechten keinen Gebrauch machen.

Eine Gleichsetzung der Streitwerte von Hauptsache und einstweiliger Verfügung erscheint nach alledem nur dann sachgerecht, wenn der Rechtsstreit endgültig erledigt wird. Dies kann aber nicht von vornherein bei Erlaß einer einstweiligen

180.) Baur DB 1964, 610

181.) Terplitzky DRIZ 82, 41; Leipold ZZP 90, 263 bezeichnet den Gegenstand des Verfahrens als "materielles Zwischenrecht."

182.) MDR 84, 265 (269)

Verfügung feststehen, sondern nur dann, wenn nach deren Erlaß Widerspruch eingelegt wird und sodann der Störer sein unrechtmäßiges Verhalten einsieht 183.).

Demgemäß muß auch an der allgemein geübten Auffassung festgehalten werden, daß das einstweilige Verfügungsverfahren als summarisches Verfahren hinsichtlich des Streitwerts gegenüber der Hauptsache niedriger zu bewerten ist. Eine Ausnahme dieses allgemein geübten Grundsatzes nur bezogen auf die einstweiligen Verfügungen in Wettbewerbsstreitigkeiten ist nicht angezeigt 184.).

Folgerichtig müssen für die Feststellung der Kosten eines einstweiligen Verfügungsverfahrens bei Zugrundelegung des Streitwertes gegenüber dem Wert eines Hauptsacheverfahrens Abstriche gemacht werden. Dieser gegenüber der Hauptsache zu machende Abschlag wird nicht einheitlich behandelt; er reicht von $\frac{2}{3}$ bis $\frac{1}{5}$, so daß der Verfügungsstreitwert zwischen $\frac{1}{3}$ bis $\frac{4}{5}$ des Klagestreitwertes schwanken kann 185.).

183.) so auch OLG Düsseldorf, WRP 69, 163

184.) Im Ergebnis auch so: Amann 4.1. Anm. 41, wonach Streit im einstweiligen Verfügungsverfahren wegen fehlender Verjährungsunterbrechung nicht endgültig erledigt wird.

185.) KG Berlin WRP 77, 93, Leitsatz 6: für $\frac{1}{3}$ -Wert der Hauptsache vgl. Übersicht: Nirk/Kurtze Rdn. 145, m.w.N.

Bei der nachstehenden Kostenberechnung für das einstweilige Verfügungsverfahren soll lediglich von einem "Abschlag" in Höhe von 1/3 gegenüber dem Streitwert des Hauptsacheverfahrens ausgegangen werden, wobei es sich hier um die in der Praxis geringste Abschlagsquote handelt 186.). Bei den drei Berechnungsfällen für die Verfügungskosten sind somit nachstehend jeweils 1/3 von den Werten abzuziehen, so daß sich - wiederum netto - folgende Kosten für das einstweilige Verfügungsverfahren ergeben:

Wert: 10.000,00 DM

Gebühren §§ 40, 31 I	489,00 DM
Gebühr gem. § 26 BRAGO	40,00 DM
	<u>529,00 DM</u>
zzgl. 1/2 Gerichtskostengebühr und Zustellungskosten	96,00 DM
	<u>625,00 DM</u>

Wert: 100.000,00 DM

Gebühren §§ 40, 31 I	1.585,00 DM
Gebühr gem. § 26 BRAGO	40,00 DM
	<u>1.625,00 DM</u>
zzgl. 1/2 Gerichtskostengebühr und Zustellungskosten	412,00 DM
	<u>2.037,00 DM</u>

Wert: 200.000,00 DM

Gebühren §§ 40, 31 I	2.130,00 DM
Gebühr gem. § 26 BRAGO	40,00 DM
	<u>2.170,00 DM</u>
zzgl. 1/2 Gerichtskostengebühr und Zustellungskosten	712,00 DM
	<u>2.882,00 DM</u>

186.) Schneider MDR 83, 353: "Überwiegend dürfte sich die Bewertung mit 1/3 der Forderung durchgesetzt haben. Auf's Ganze gesehen sind diese Bruchteilsbewertungen leider unberechenbar, so daß Ihnen letztlich ein Moment der Willkür anhaftet."

Ein Vergleich der auf der Basis verschiedener Streitwerte ermittelten Verfügungskosten mit denen einer außergerichtlichen Abmahnung ergibt im ersten Fall eine Ersparnis in Höhe von 12,36 %, im zweiten Fall eine Ersparnis in Höhe von 32,5 % und im letzten Fall eine solche Ersparnis in Höhe von 27,6 %.

Wenn man dagegen eine Besprechungsgebühr zusätzlich in Ansatz bringt - diese fällt sehr häufig an - liegen die Kosten der Abmahnung über denen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens.

(2) Weitere kostenauslösende Faktoren

Zu berücksichtigen ist allerdings, daß auch im Rahmen des direkten gerichtlichen Eilverfahrens der Störer noch mit weiteren Kosten konfrontiert werden kann. Zwar löst nach unumstrittener Auffassung die Beifügung einer eidesstattlichen Versicherung zur Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs - weder durch den Antragssteller selbst noch durch unbeteiligte Dritte - eine Beweisgebühr aus 187.). Der erstrittene Verfügungstitel verschafft

187.) OLG Frankfurt WRP 85, 394; OLG Düsseldorf GRUR 1985, 475, Gerold/-Schmidt § 40 Rdn. 6: Nur dann, wenn durch das Gericht in der Verhandlung anwesende Personen vernommen werden oder wenn eine eidesstattliche Versicherung dieser Personen aufgenommen wird; OLG Düsseldorf MDR 81, 1952: Wenn Erklärung oder Protokollierung auf ausdrücklicher oder stillschweigender Beweisanordnung des Gerichts beruht; OLG Hamburg MDR 81, 1029, 1030 läßt Protokollierung genügen.

aber dem Antragssteller nur vorläufigen Rechtsschutz, dient also nicht dazu, den Streit endgültig beizulegen. Es bleibt also ungewiß, ob sich der Antragsgegner auf Dauer an das gerichtliche Gebot halten wird oder ob er nicht noch mit einem Rechtsbehelf, insbesondere dem unbefristeten Widerspruchsrecht gemäß §§ 936, 924 ZPO gegen die Entscheidung vorgehen wird. Um endgültige Verhältnisse zu schaffen, sieht sich deshalb der Antragsteller vor die Entscheidung gestellt, ob er Hauptklage zu erheben hat. Da die Zustellung einer einstweiligen Verfügung keine Antwortpflicht des Verletzers auslöst 190.), muß der Verletzte seinerseits tätig werden. Dies geschieht oftmals durch ein sogenanntes Abschlußschreiben, mit dem der Störer aufgefordert wird, die zugestellte einstweilige Verfügung als endgültige Regelung anzuerkennen, auf Widerspruch und die Rechte aus §§ 936, 926 ZPO zu verzichten oder eine dem Verfügungstenor entsprechende, strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben 191.). Das Abschlußschreiben soll also klären, ob

190.) OLH Köln, WRP 69, 423; WRP 84, 712;
OLG Karlsruhe WRP 77, 117, 118;
Schulte GRUR 80, 472

191.) OLG Hamm WRP 82, 592; BGH WRP 81, 167: "...um drohenden Verjährungseintritt zu verhindern...;" "...6-Monatsfrist des § 21 UWG wird durch Antrag und Erlaß einer einstweiligen Verfügung nicht unterbrochen..."
Zur Frage der Verjährungsunterbrechung: Terplitzky GRUR 84, 307

der Prozeßgegner die einstweilige Verfügung hinnehmen will oder ob Klage zur Hauptsache erforderlich ist.

Das Abschlußschreiben in Wettbewerbssachen ist nach heute herrschender Meinung nicht mehr kostenrechtliches Bestandteil des einstweiligen Verfügungsverfahrens, sondern der Vorbereitung des Hauptsacheverfahrens zuzuordnen, unabhängig davon, ob es einer Beschluß- oder einer Urteilsverfügung bzw. einem Bestätigungsurteil nachfolgt 192.). Nimmt der Antragssteller für das Abschlußverfahren anwaltliche Hilfe in Anspruch, was in Wettbewerbssachen insbesondere nach Durchführung eines streitigen Verfügungsverfahrens gerade die Regel ist, kann sich durch dieses Schreiben in vielen Fällen der Wettbewerbsstreit aufgrund des gefertigten Abschlußschreibens endgültig erledigen.

Wenn der Verletzer nach Erlaß der einstweiligen Verfügung überhaupt nicht reagiert, ist auch hier der Antragsteller aus Kostengesichtspunkten gemäß § 93 ZPO gehalten, ein Abschlußschreiben abzusenden, wenn er eine Hauptsacheklage zeitlich nach Zustellung der einstweiligen Verfügung erheben will. Die herrschende Meinung steht auf dem Standpunkt, daß eine solche Aufforderung zumutbar und erforderlich sei und der Schuldner sich deshalb erfolgreich auf § 93 ZPO berufen könne, wenn er den Anspruch der ohne vor-

192.) BGH GRUR 1973, 208, 209; OLG Karlsruhe WRP 81, 406; OLG Hamburg WRP 81, 470 (473); Baumbach-Hefermehl § 25 Rdn. 105; Ahrens S. 219 m.w.N.

herige Aufforderung erhobenen Hauptsacheklage unverzüglich anerkenne 193.). Der Verletzer soll allerdings nicht sofort nach Erlaß einer einstweiligen Verfügung und deren Zustellung mit einem Abschlußschreiben überfahren werden. Die ihm eingeräumte Überlegungsfrist, innerhalb derer ihm die Chance eingeräumt wird, seinerseits ohne kostenauslösende Maßnahmen eine endgültige Erklärung abzugeben, muß angemessen sein. Es steht somit dem Verletzer eine ausreichende Frist zur eigenen Stellungnahme zu. Erhält er ein Abschlußschreiben, beträgt seine danach noch laufende Erklärungsfrist bis zu einem Monat 194.).

193.) OLG Hamburg, WRP 80, 208, 209; LG Hamburg WRP 80, 291, 293; LG Berlin WRP 78, 317, 318: "Durch das Abschlußschreiben soll dem Verletzer Gelegenheit gegeben werden, sich die Sache noch einmal zu überlegen." OLG Köln NJW 1969, 1036; OLG Hamm WRP 78, 393; Pastor S. 506; Terplitzky DRIZ 82, 47

194.) vgl. LG Berlin WRP 79, 240, 241; WRP 83, 119: Zwischen Zustellung der einstweiligen Verfügung und Absendung der Anschlußmahnung muß eine Frist von einem Monat liegen. Wenig streng auch KG WRP 78, 213 wonach Verletzer nach Zustellung der einstweiligen Verfügung insgesamt wenigstens eine Überlegungsfrist von einem Monat haben muß und von zwei Wochen seit Erhalt des Abschlußschreibens, wenn dieses später als zwei Wochen seit der Zustellung der Verfügung eingeht; OLG Stuttgart WRP 84, 230, 231: Danach verletzt Gläubiger seine Schadensminderungspflicht nicht, wenn er dem Schuldner sofort nach Verkündung des einem Verfügungsantrag stattgegebenen Berufungsurteils die Anschlußabmahnung zugehen läßt.

Es stellt sich auch hier die Frage nach der Erstattungsfähigkeit von Kosten derartiger anwaltlicher Abschlußschreiben. Es ist umstritten, ob die Kosten eines erfolgreichen Abschlußschreibens im gerichtlichen Kostenfestsetzungsverfahren berücksichtigt werden können. Die aber wohl herrschende Meinung ^{195.)} lehnt eine solche Möglichkeit zu Recht ab, weil sich die Kostengrundentscheidung des Verfügungsverfahrens hierauf nicht erstreckt und es eine weitere Kostengrundentscheidung in einem Beschluß/Urteil hinsichtlich weiterer - nach dem Verfahren entstehender - Kosten im Sinne des § 91 ZPO nicht gibt. Dies führt zu der Konsequenz, daß dem Gläubiger in Höhe der dem Rechtsanwalt zustehenden Gebühren gegenüber dem Antragsgegner auch hier nur ein materiellrechtlicher Kostenerstattungsanspruch zustehen kann, der sich bei schuldhaftem Wettbewerbsverstoß aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes und bei unverschuldetem Verstoß wiederum nur aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag ergeben kann. Der BGH und ein Großteil der Instanzgerichte haben die Erstattungsfähigkeit dieser Kosten ebenfalls auf der Grundlage der Regeln der GOA bejaht ^{196.)}. Dieser Ausdehnung der Kostentragungspflicht auch auf

195.) OLG Hamm Jur. Büro 1974, 501; OLG Düsseldorf WRP 83, 31; Melullis S. 145;
a. A.: OLG Köln NJW 69, 935 (936)

196.) BHG GRUR 73, 384, 395; OLG Köln 78, 917; KG WRP 77, 793; OLG Stuttgart WRP 79, 818

das Abschlußschreiben wird von der Literatur entgegengehalten, daß sich die Gerichte mit den Anspruchsvoraussetzungen gar nicht auseinandergesetzt und stattdessen einfach auf die bestehende Rechtsprechung zum Abmahnschreiben verwiesen hätten 197.). Noch viel weniger als bei der Abmahnung könne bei einem Abschlußschreiben die Geschäftsführung ohne Auftrag als Rechtsgrundlage für Aufwendungs-erstattungen überzeugen. Das Abschlußschreiben erfülle überhaupt keinen Informationszweck, da der Verletzer -anders als bei der Abmahnung - bereits das wettbewerbswidrige Verhalten kenne und zudem wisse, daß ein Hauptverfahren drohe.

Da die vorliegende Untersuchung bisher noch nicht zu dem abschließenden Ergebnis gekommen ist, ob die Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag eine tragfähige Grundlage für eine Kostenerstattung bieten, könnte man meinen, daß die Frage der Anwendbarkeit der §§ 677 ff. BGB hinsichtlich des Abschlußschreibens zurückgestellt werden muß. Aber die Anwendbarkeit der Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag ist hier schon im Ansatzpunkt auszuschließen. Da nämlich derjenige, der eine einstweilige Verfügung erwirkt hat, stets aus Kostengründen gemäß § 93 ZPO gehalten ist, vor Erhebung der Hauptsacheklage dem Verletzer ein Abschlußschreiben zu übersenden, kann sich

197.) Roth, DB, 82, 1917

die Frage der Kostenersparnis, die bei §§ 677, 683 BGB im Vordergrund steht, gar nicht stellen. Denn für den Fall, daß der Antragsteller ohne Abschlußschreiben sofort Hauptsacheklage erhebt, kann sich der Verletzer stets auf § 93 ZPO berufen und kostenfrei aus dem Verfahren hervorgehen.

Demnach können die Kosten des Abschlußschreibens in jedem Fall nur auf Schadensersatzrechtliche Bestimmungen und nicht auf die der Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag gestützt werden. Da sich die Untersuchung hier aber mit der Erstattung von Abmahnkosten aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag für den Fall eines unverschuldeten Wettbewerbsverstoßes befaßt, können sich die nach Durchführung eines einstweiligen Verfügungsverfahrens bereits entstandenen Kosten nicht durch ein weiteres Abschlußschreiben erhöhen.

Als Fazit der Untersuchung bleibt festzuhalten, daß die dem Verletzten angeblich ersparten Kosten bei zunächst außergerichtlichem Vorgehen in den meisten Fällen zumindest überschätzt werden, ja teilweise sogar bei direktem Vorgehen geringer ausfallen können. Es läßt sich deshalb keine generelle Aussage darüber treffen, daß mit der Abmahnung stets dem Wettbewerbsstörer Kosten erspart werden. Dies hängt vielmehr von den Umständen des

Einzelfalles ab, insbesondere davon, ob sich die Abmahnkosten in der Erhebung einer reinen Geschäftsgebühr erschöpfen oder ob darüber hinausgehende Kosten ausgelöst worden sind. Nur wenn der Wettbewerbsstörer mit einer reinen Geschäftsgebühr gemäß § 118 BRAGO anstelle der gerichtlichen Verfahrenskosten konfrontiert wird, ist zu seinen Gunsten eine - allerdings geringe - Ersparnis feststellbar. Nur in diesem Fall ist für ihn die Geschäftsführung objektiv nützlich und damit in seinem Interesse liegend.

Neben dem bereits zuvor festgestellten objektiven Vorteil muß die Geschäftsführung in diesen Fällen aber auch dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Wettbewerbsstörers entsprochen haben. Da der Wettbewerbsstörer seinen Willen niemals ausdrücklich oder konkludent äußert, ist auf seinen mutmaßlichen - hypothetischen - Willen abzustellen. Dies ist der Wille, den der Wettbewerbsstörer bei objektiver Beurteilung aller Umstände geäußert hätte, wenn er bei Übernahme des Geschäfts gefragt worden wäre^{198.)}. Es ist regel-

198.) BHG NJW 1972, 475; Palandt-Thomas
§ 683 Anm. 3 b

mäßig davon auszugehen, daß die - allerdings geringe - Ersparnis als ein für den Störer objektiv nützliches Geschäft seinem Willen entspricht 199.) Der - wenn auch hypothetische - Wille des Wettbewerbsstörer kann aber nur dahin zielen, einer außergerichtlichen wettbewerblichen Abmahnung ausgesetzt zu sein, deren Kosten er zu tragen hat. Dies ergibt sich aus folgender Überlegung: Wenn der auf Unterlassung in Anspruch genommene Mitbewerber bereits unter Kostenübernahme durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung gegenüber Dritten die durch seinen Wettbewerbsverstoß ausgelöste Wiederholungsgefahr endgültig beseitigt hat, liegt es nicht in seinem Interesse und entspricht es auch nicht seinem Willen, daß weitere Wettbewerber ihn mit Unterlassungsansprüchen und damit verbundenen Kosten konfrontieren. Denn nach Beseitigung der Wiederholungsgefahr sind die Unterlassungsansprüche sämtlicher Mitbewerber beseitigt. Wenn diese ohne vorherige Abmahnung einen Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung stellen, ist dieser materiell unbegründet, da die für den Unterlassungsanspruch notwendige Wiederholungsgefahr beseitigt ist. In diesen Fällen können die Kosten in keinem Fall von dem Wettbewerbsstörer - weder unter prozeßrechtlichen noch materiellrechtlichen Gesichtspunkten - gel-

199.) so BGH NJW 1971, 609, 612; Fikentscher § 83 I, 4 b

tend gemacht werden. Es kann demzufolge dem Willen des Geschäftsherrn nur entsprechen, einer einzigen Abmahnung ausgesetzt zu sein. Alle weiteren Abmahnungen und die damit verbundenen Kosten entsprechen nicht dem Willen des Wettbewerbsstörers.

Fazit: Dem Zeitabmahner können hinsichtlich seiner Abmahnkosten nur deliktische Ansprüche zustehen.

(d) Ergebnis zur Geschäftsführung ohne Auftrag

Die Untersuchung hat gezeigt, daß die Geschäftsführung ohne Auftrag ohnehin nur auf die Fälle beschränkt ist, in denen es einer vorherigen Abmahnung aus kostenrechtlichen Gründen nicht bedurft hat.

Aber auch in diesen Fällen ist nicht immer ein Erstattungsanspruch gegeben.

Zudem kann nur derjenige seine Kostenerstattungsansprüche aus diesem Rechtsinstitut herleiten, der den Wettbewerbsstörer zuerst abgemahnt hat. Alle weiteren Mitbewerber können ihre Kostenerstattungsansprüche bei unverschuldeten Verstößen nicht geltend machen.

Das Rechtsinstitut der Geschäftsführung ohne Auftrag ist deshalb nicht generell als tragfähige Grundlage für Kostenerstattungsansprüche anzusehen.

§ 2 Kostenersatzungsansprüche der Interessen- und Verbraucherverbände

A.) Einleitung und Überblick

Der Kreis der zur Geltendmachung von wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüchen Berechtigten ist in § 13 UWG nicht auf Gewerbetreibende beschränkt, die Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art vertreiben. Das UWG gibt keine Popularklage 200.), sondern gewährt weiteren Institutionen unter den im Gesetz genannten Voraussetzungen eine selbständige Klagebefugnis und einen eigenen materiellrechtlichen Unterlassungsanspruch. 200a.)

I. Interessenverbände, § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG

Das Klagerecht von Interessenverbänden war bereits im alten UWG von 1896 enthalten, um unabhängig von der Entschließung des unmittelbar betroffenen Konkurrenten

200.) Baumbach-Hefermehl § 13 Rdn. 2; Hadding JZ 1970, 305, 397; Wolf BB 71, 1295/96: Danach ist der Verband auch nur dann in seinen geschützten Gruppeninteressen betroffen, wenn ihm zumindest ein Gruppenangehöriger (= verletzter Mitbewerber) angehört. (str.)

200 a.) nicht nur Form der Prozeßstandschaft, h.M.: BGHZ 31, 314 (317); Pastor S. 588; Baumbach-Hefermehl § 13 Rdn. 5; Emmerich § 17 Anm. 4 c.

in jedem Fall die im öffentlichen Interesse liegende Verfolgung von Wettbewerbsverstößen sicherzustellen 201.).

Auch nach heutigem Recht können in den Fällen der §§ 1, 3, 4, 6 und 6e, 7, 8 UWG Ansprüche auf Unterlassung von rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen geltend gemacht werden. Voraussetzung des Klagerechts dieser sogenannten Interessenverbände oder Gewerbevereine ist, daß zu den satzungsgemäßen Aufgaben des Verbandes die Förderung gewerblicher Interessen gehört, daß der Verband diese Tätigkeit auch tatsächlich ausübt und daß der fragliche Wettbewerbsverstoß in den Interessen- und Tätigkeitskreis dieses Verbandes fällt.

Zwingend erforderlich ist auch, daß der Verband nicht nur in Erfüllung seines Satzungszwecks tätig wird, sondern darüber hinaus diesen Zweck durch eigene Aktivität wirklich verfolgt, das heißt sachlich und personell so ausreichend ausgestattet ist, daß er typische und durchschnittlich schwer zu beurteilende Wettbewerbsverstöße selbst erkennen und abmahnen kann. 202.) Hieran fehlt es dann, wenn sich der Verband mangels eigener Mittel auf die Beauftragung von Rechtsanwälten beschränkt. Das Klagerecht haben somit nur solche Verbände, die so-

201.) vgl. Begründung zur RT-Vorlage 1895
Abgedruckt bei Lobe Band III, S. 60

202.) BGH RGUR 1986, 320, 676, (678)

202a) BGH a.a.O.

wohl nach ihrer Satzung als auch nach ihrer "sachlichen und personellen Ausstattung" in der Lage sind, gewerbliche Interessen zu verfolgen. 203.)

II. Verbraucherverbände, § 13 Abs. 2, Nr. 3
UWG

Während die zuvor bezeichneten Interessenverbände bereits bei Schaffung des UWG Berücksichtigung gefunden haben, ist das 77Klagerecht der sogenannten Verbraucherverbände erst durch die Novelle von 1965 (204.) geschaffen worden. Gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG können Unterlassungsansprüche auch von rechtsfähigen Verbänden geltend gemacht werden, zu deren satzungsgemäßen Aufgaben es gehört, die Interessen der Verbraucher durch Aufklärung und Beratung wahrzunehmen. Im Falle des § 1 UWG können diese Verbände den Anspruch auf Unterlassung nur geltend machen, soweit der Anspruch eine Handlung betrifft, durch die wesentliche Belange der Verbraucher berührt werden. Nicht normiert hat der Gesetzgeber die weiter zu fordernde Voraussetzung, daß die satzungsgemäß orientierte Tätigkeit der Verbände darauf gerichtet sein muß, die Verbraucher über die Marktlage, die Qualität und Preiswürdig-

203.) BGH NJW 1983, 1061; BGH NJW 1984, 1.687; Emmerich § 17 IV c, BB: Danach sind die Voraussetzungen, die ein Verband erfüllen muß, um als Interessenverband im Sinne des § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG anerkannt zu werden, nach wie vor gering.

204.) BGBL I S. 625

keit der verschiedenen im Wettbewerb angebotenen Waren und Dienstleistungen zu unterrichten, um ihm damit die Auswahl unter diesen Produkten zu erleichtern. Seine satzungsgemäße Tätigkeit muß also den so definierten Interessen der Verbraucher dienen.205.)

III. Wirtschafts- und Berufskammern, § 13 Abs. 2 Nr. 4 UWG

Ab dem 01. Januar 1987 ist in § 13 Abs. 2 Nr. 4 UWG die Regelung der Klagebefugnis der Industrie- und Handelskammern sowie der Handwerkskammern eingeführt worden. Diese gesetzliche Regelung entspricht der bisher geübten Praxis, die die genannten Kammern schon immer zu den Interessenverbänden im Sinne des § 13 UWG gerechnet hatte 206.).

205.) Emmerich § 17 4 d BB

206.) BGHZ 79, 390 (392); Emmerich § 17 Anm. 4 E; vgl. auch Sack BB 1986, 2205, 2216: Danach sei es vermutlich ein Redaktionsversehen, daß die Industrie- und Handelskammern und die Handwerkskammern gesondert aufgeführt werden.

Wenn die zuvor bezeichneten Institutionen im Sinne des § 13 Abs. 2 Nr. 2-4 UWG den ihnen selbst zustehenden materiellrechtlichen Unterlassungsanspruch 207.) erfolgreich geltend gemacht haben, wollen sie zugleich etwaige, durch ihre Tätigkeit entstandene Kosten erstattet verlangen. Im Gegensatz zu den Kostenerstattungsansprüchen bei den Mitbewerbern wird es bei der nachstehenden Untersuchung nicht um die Geltendmachung von Anwaltskosten gehen, da Verbände im Sinne des § 13 Abs. 2 UWG, zu deren satzungsgemäßen Aufgaben auch die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen gehört, grundsätzlich so ausgestattet sein müssen, daß sie typische Wettbewerbsverstöße von durchschnittlichem Schwierigkeitsgrad selbst abmahnen können 208.). Abweichend hiervon werden gelegentlich Ausnahmen gegenüber hartnäckigen Wettbewerbsverletzern gemacht, die sich wiederholt wettbewerbswidrig verhalten haben, ferner in Fällen besonderer rechtlicher Schwierigkeiten 209.). Wenn diese Institutionen somit eigene Abmahnungen aussprechen, wird ihnen in folgerichtiger Anwendung des bereits zitierten Urteils des BGH

207.) vgl. Fn. 200 a.)

208.) BGH WRP 1984, 405, 406; OLG München WRP 70, 36; OLG Koblenz WRP 79, 387 (391); OLG Frankfurt WRP 82, 335, 337; OLG Karlsruhe GRUR 84, 339, 340; OLG Stuttgart WRP 79, 818 (819); OLG Düsseldorf BB 64, 36; a.A.: KG WRP 77, 793, 794, OLG Köln WRP 78, 917, 918

209.) LG Hamburg WRP 72, 596, 598; LG Freiburg, NJW 86, 2216, 2218

(Photowettbewerb) 210.) anteiliger Ersatz der Kosten in Form einer Unkostenpauschale zugesprochen 211.).

Im Unterschied zu den Kostenerstattungsansprüchen bei den Mitbewerbern können diese Abmahnpauschalen auch dann erstattet verlangt werden, wenn es zu einem nachfolgenden Rechtsstreit kommt 212.). Dies heißt, daß die Kosten der außergerichtlichen Abmahnung nicht in den Kosten des späteren Gerichtsverfahrens aufgehen, weil sie nicht Bestandteil der im Verfügungsverfahren entstandenen Anwaltskosten, sondern eigene Aufwendungen der Verbände sind.

Im Hinblick auf die vorliegende Untersuchung stellt sich zunächst einmal die Frage, ob die in § 13 Abs. 2 Nr. 2-4 UWG genannten Institutionen ihren Kostenerstattungsanspruch auch auf andere Anspruchsgrundlagen außerhalb der Regeln der GOA stützen können. Erst nach Prüfung dieser möglichen rechtlichen Gesichts-

210.) BGHZ 52, 393

211.) BGH GRUR 84, 129, 131; OLG Hamburg WRP 82, 477, 478; Amtsgericht Lahnstein WRP 80, 236, 237; AG Fulda WRP 85, 186; AG Bruchsal WRP 82, 176 ff.; AG Brilon Urteil vom 25.07.85 AZ 2 C 305/85; Baumbach-Hefermehl Einleitung UWG Rdn. 463 b LG Frankfurt, WRP 82, 553, 554; Danach sind 140,00 DM zuzüglich 14 % MwSt erstattungsfähig
Zuletzt zur Berechnung der Pauschale: KG WRP 86, 384, 386, 387; Allenfalls eine erstattungsfähige Pauschale in Höhe von 105,00 DM feststellbar.

212.) BGH WRP 1984, 134

punkte soll sich die Untersuchung mit der in Rechtsprechung und Schrifttum umstrittenen Frage der Anwendbarkeit der Geschäftsführung ohne Auftrag befassen.

B.) Eigene Schadensersatzansprüche der Verbraucher- und Interessenverbände

I. Ansprüche aus §§ 823 Abs. 1, Abs. 2 iVm. Vorschriften des UWG

Nach heute unumstrittener Auffassung in Rechtsprechung und Literatur können die in § 13 UWG genannten Institutionen weder Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB noch gemäß § 823 Abs. 2 BGB iVm. Vorschriften des UWG herleiten. § 823 Abs. 1 BGB gewährt nur bei Eingriffen in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Geschädigten Schadensersatzansprüche. Verbände und Wettbewerbsvereine können aber aus dieser Bestimmung ihre Abmahnkosten nicht ableiten, weil sie keinen Gewerbebetrieb unterhalten und deshalb nicht in einen etwaigen Gewerbebetrieb des Verbandes eingegriffen werden kann (213.). Auch § 823 Abs. 2 BGB iVm. den Bestimmungen des UWG können keine tragfähige Rechtsgrundlage bieten. Das UWG-Recht schützt gegen

213.) BGHZ 52, 397, 398; Loritz GRUR 81, 886, Borek WRP 81, 441 m.w.N.; Meullis Wettbewerbsrechtliche Prozeßpraxis S. 143

unlauteres Verhalten im Wettbewerb zwar nicht nur die einzelnen Mitbewerber, sondern auch die übrigen Marktbeteiligten und die Allgemeinheit 214.), gleichwohl würde § 823 Abs. 2 BGB nur dann Anwendung finden, wenn das UWG auch den Schutz der Verbände bezweckt.

214 a.) Eine Schadensersatzverpflichtung besteht nur dann, wenn der geltend gemachte Schaden nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der verletzten Norm fällt. Es muß sich um Nachteile handeln, die aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen ist 215.). Die in § 13 Abs. 2 Nr. 2-4 UWG genannten Institutionen können aber durch einen Wettbewerbsverstoß nicht in ihren Rechten verletzt werden, es sei denn, ein konkurrierender Verband hat den Wettbewerbsverstoß begangen 216.). Denn durch die Gesetzesnovelle von 1965 wurde mit der Einführung des § 13 Abs. 1 UWG (a.F.) bestätigt, daß neben den Belangen der Mitbewerber auch die Belange der Verbraucher zu den durch das UWG geschützten Interessen gehören.

214.) Baumbach-Hefermehl Einleitung UWG
Rdn. 41, m.w.N.

214 a.) Anm.: Schon bei Konkurrenten, ist
ein Rückgriff auf § 823 Abs. 2
BGB subsidiär, vgl. § 1 C II.

215.) h.M.: Palandt-Heinrichs Vorbem.
zu § 249 5 A Anm. d) m.w.N.; BGHZ
35, 315; 57, 412; Mü.-Komm.-Grunsky
vor § 249 Rd. 44

216.) BGH GRUR 1953, 446; Lorenz a.a.O.
m.w.N.; Löwenheim WRP 79, 841;
Nordemann Rdn. 549; Kurbjuhn NJW
1970, 604 (605)

Dadurch hat sich das UWG-Recht vom reinen Individual- zum Allgemeinrecht entwickelt. Im Unterschied zu den Mitbewerbern sind den Verbrauchern keine eigenen Ansprüche eingeräumt worden. Ihre Interessen werden durch die Verbraucherverbände wahrgenommen, die als verlängerter Arm der Verbraucher und somit als Hüter der öffentlichen Ordnung fungieren.

Damit können weder Fachverbände noch Wettbewerbsvereine Träger eines Schadensersatzanspruchs aus § 823 Abs. 1 oder aus § 823 Abs. 2 BGB iVm Bestimmungen des UWG sein.

II. Ansprüche aus § 13 Abs. 6 UWG unmittelbar

Mit der Photowettbewerbsentscheidung hatte der BGH als einzige Anspruchsgrundlage die Bestimmungen der GOA Anwendung finden lassen und somit auch Schadensersatzansprüche aus § 13 Abs. 6 UWG mit der Begründung verneint, daß das UWG diesen Institutionen zwar einen materiellrechtlichen Unterlassungsanspruch, aber keine Grundlage für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gewähre (217.). Nach einer nicht unbeachtlichen Gegenmeinung werden aber auch Verbänden Schadensersatzansprüche unmittelbar aus der Spe-

217.) BGHZ a.a.O.; Borck WRP 81, 441: § 13 II enthält jedenfalls keine abschließende Regelung der Verpflichtung zum Schadensersatz

zialnorm des § 13 Abs. 6 UWG zugebilligt 218.), da der Gesetzgeber in dieser Vorschrift nicht zwischen einem Schaden der einzelnen Gewerbetreibenden und der Verbände unterschieden habe und deshalb kein Grund ersichtlich sei, die Verbände gegenüber den Gewerbetreibenden zu benachteiligen. § 13 Abs. 6 UWG gebe deshalb in gleichem Umfang wie für andere Anspruchsberechtigte einen Schadensersatzanspruch der Verbände.

Diese These hält allerdings einer näheren Überprüfung nicht stand. Die Berechtigung der Verbände zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen soll einen umfassenden Schutz des Wettbewerbs gewährleisten und die auch geschützten Interessen der Allgemeinheit sowie der Verbraucher wahren. Unter diesem Aspekt wurde auch erst später § 13 Abs. 1 a UWG (a.F.) in das Gesetz eingefügt. Die Anspruchsberechtigung in § 13 Abs. 1 UWG setzt gerade nicht voraus, daß der auf Unterlassung klagende Beteiligte durch den Wettbewerbsverstoß Nachteile erleidet oder dem Verletzer auf dem Markt überhaupt begegnet. Durch die Erweiterung der Aktivlegitimation auf bestimmte Verbraucherverbände hat der Gesetzgeber gerade zum Ausdruck gebracht, daß sich ein Wettbewerbsverstoß gegen die Gesamtheit der Mitbewerber richtet und unwiderleglich auch jeden einzelnen aus dieser Allgemeinheit

218.) Loritz GRUR 81, 886; Pastor Seite 186 ff.; Hiersemann NJW 71, 777 (782); LG Bielefeld WRP 63, 219; LG Elwangen BB 64, 330

trifft 219.)). Hieraus ist die einzig richtige Konsequenz zu ziehen, daß die Anspruchsberechtigung für den Unterlassungsanspruch nichts darüber aussagt, wem aus diesem Kreis Schadensersatzansprüche erwachsen können. Dies erfordert vielmehr, daß der Betreffende in einem Recht verletzt wird, dessen Schutz die Vorschriften des materiellen Wettbewerbsrechts bezwecken. Die Tatsache, daß der Wortlaut des § 13 UWG Schadensersatzansprüche der Verbände nicht ausdrücklich ablehnt, rechtfertigt nicht denknötwendig den positiven Schluß, daß diesen Verbänden deshalb Schadensersatzansprüche auch zustehen können. Diese Vorschrift enthält über die Aktivlegitimation bei Schadensersatzansprüchen überhaupt nichts. Insoweit kommt es nach wie vor auf die allgemeinen Vorschriften außerhalb des Wettbewerbsrechts an, die durch das UWG lediglich ergänzt, nicht aber verdrängt werden 220.)

Im übrigen ging auch der Gesetzgeber im Rahmen der Überlegungen zur Neuregelung des § 13 UWG und damit bei der Frage der Ersatzansprüche von der Vorstellung aus, daß nach geltendem Recht nur Mitbewerber Schadensersatzansprüche haben können 221.).

219.) Baumbach-Hefermehl § 13 Rdn. 1

220.) Borek WRP 78, 8; ähnlich: Klaka Anm. BGH GRUR 70, 191; Melullis WRP 82, 4

221.) Vgl. insoweit die Begründung des Referentenentwurfs WRP 1978, 277 (283)

Das UWG selbst gewährt daher den in § 13 Nr. 2-4 UWG genannten Institutionen keine Erstattungsgrundlage für ihre Abmahnkosten.

C.) Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag

Als einzig mögliche Anspruchsgrundlage für eine Kostentragungspflicht für Abmahnungen der in § 13 Abs. 2 Nr. 2-4 UWG genannten Institutionen kommen somit die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag in Betracht.

I. Abmahnung als Fremdgeschäftsführung im Sinne des § 677 BGB

Ebenso wie bei der Prüfung der Ansprüche der Mitbewerber stellt sich auch hier die Frage, ob in der durch einen Verband ausgesprochenen wettbewerbsrechtlichen Abmahnung eine Fremdgeschäftsführung im Sinne des § 677 BGB erblickt werden kann. Neben der bereits im zweiten Teil behandelten Kritik an der Anwendbarkeit der GOA-Regeln wird bei der Verfolgung der Wettbewerbsverstöße durch Verbände diesen entgegengehalten, daß die ausgesprochene Abmahnung zu ihren satzungsgemäßen Aufgaben gehöre und deshalb keine Fremdge--

schäftsführung darstellen könne 222.)). Die mit dieser Kritik in Zusammenhang stehende Frage kann aber nur lauten, ob die betreffenden Institutionen mit der Hilfeleistung bei der Abmahnung neben dem eigenen Geschäft nicht zugleich noch ein fremdes Geschäft führen und deshalb eine Geschäftsführung ohne Auftrag gegeben sein kann.

Es ist sicherlich unbestreitbar, daß die Verbände mit einer ausgesprochenen Abmahnung ihren eigenen selbstgesetzten Zweck erfüllen und deshalb insoweit ein "auch" eigenes Geschäft führen. Im zweiten Teil der Untersuchung wurde aber bereits herausgestellt, daß ein sogenanntes "auch fremdes Geschäft" ebenfalls der Geschäftsführung ohne Auftrag unterfällt, wenn sich nach der Paralellwertung in der Laiensphäre ergibt, daß der Handelnde - hier also der Verband - mit Fremdgeschäftsführungswillen gegenüber dem Wettbewerbsstörer gehandelt hat. Ein solcher Fremdgeschäftsführungswille der in § 13 Abs. 2 UWG genannten Institutionen läßt sich für die - auch hier nur relevanten - Fälle ohne Schwierigkeit feststellen, in denen die Verbände ebenfalls ohne vorherige Abmahnung direkt die Gerichte hätten anrufen können. Denn gerade bei einer derartigen Konstellation weiß der Abmahnende, daß er dem Wettbewerbsstörer ent-

222.) Kurbjuhn NJW 1970, 604 (605);
Melullis WRP 11982, 1 (3); Loritz
GRUR 1981, 883 (885) m.w.N.; Klaka
GRUR 1970 190 (191); Löwenheim WRP
1979, 839 (841)

gegenkommt, wenn er ihm zunächst außegerichtlich zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr die Gelegenheit gibt, sich in Form einer strafbewehrten Unterlassungserklärung zu unterwerfen.

Gleichwohl bestehen erhebliche Bedenken, ob in der durch einen Verband ausgesprochenen Abmahnung eine Fremdgeschäftsführung liegen kann. Wie bereits untersucht, hat der BGH an seiner Vermutung des Fremdgeschäftsführungswillens beim "auch fremden Geschäft" zwar festgehalten, zugleich aber deutlich gemacht, daß der Kreis der Geschäftsherren auf die unmittelbar Betroffenen beschränkt sein soll, mithin also auf die, die in einer unmittelbaren Beziehung zum Geschäftsherrn stehen. So kann zwar zum Beispiel das Löschen eines Brandes ein Geschäft des Brandstifters oder des Eigentümers sein (223.), die Handlung zur Vermeidung eines drohenden Schadens dagegen ist nicht mehr ein Geschäft der hinter dem Schädiger stehenden Versicherung (224.). Auch ist die erste Hilfeleistung für einen verunglückten Betriebsangehörigen durch einen Arbeitskollegen zwar noch die Geschäftsführung für den Arbeitgeber, nicht aber für die entsprechende Berufsgenossenschaft (225.). Der BGH hat in beiden Fäl-

223.) BGHZ 40, 28

224.) BGHZ 54, 157

225.) BGHZ 55, 207 ff

len deshalb die Anwendung der Regeln der GoA verneint, weil zwischen dem Handelnden und der genannten Versicherung bzw. Berufsgenossenschaft lediglich eine mittelbare Beziehung bestehe. Die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag würden unangemessen ausgeweitet, wenn sie auch bei Interessenverflechtungen ähnlicher Art zur Begründung von Ansprüchen auf Aufwendungsersatz herangezogen werden könnten. Eine solche, vom BGH geforderte unmittelbare Beziehung ist aber zwischen den Wettbewerbsverletzern und den Verbänden ebenfalls nicht ersichtlich, so daß der BGH in konsequenter Anwendung seines "Unmittelbarkeitsgedankens" eine Fremdgeschäftsführung hätte ablehnen müssen. In einer solchen unmittelbaren Beziehung stehen sicherlich die Mitbewerber und Konkurrenten 226.) Bei ihnen kann sich ein Wettbewerbsverstoß eines ebenfalls am Markt beteiligten Konkurrenten nachteilig auswirken, indem dieser zum Beispiel durch eine unerlaubte Blickfangwerbung die Aufmerksamkeit der Käuferschichten auf sich lenkt und sich damit einen Wettbewerbsvorsprung verschafft. Die Mitbewerber und Konkurrenten verfolgen untereinander jeweils das gleiche Ziel, nämlich die von ihnen hergestellten oder vertriebenen Produkte dem Verbraucher schmackhaft zu machen und stehen deshalb in einer andauernden unmittelbaren

226.) a.A.: RGRK Steffen vor § 677 Rdn.

(wettbewerbsrechtlichen) Beziehung zueinander. Wettbewerbsverstöße können für den jeweils Anderen Nachteile in geschäftlicher Hinsicht bringen. Ein solcher Nachteil ist aber für die Fachverbände nicht ersichtlich. Die Tätigkeit dieser Institutionen beschränkt sich in vielen Fällen auf die reine Abmahntätigkeit; aber selbst dann, wenn eine Institution weitergehende Zwecke verfolgt, wird sie durch ein wettbewerbswidriges Verhalten nicht materiell geschädigt. Die Tätigkeit dieser Institutionen beschränkt sich auf die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen. Sollte der einzelne Mitbewerber trotz Abmahnung seinen Verstoß wiederholen bzw. sein Verhalten fortsetzen, können die Wettbewerbsverbände lediglich gerichtliche Maßnahmen auf Unterlassung einleiten, haben aber aus den bereits dargelegten Gründen Schadensersatzansprüche weder aus § 13 Abs. 6 UWG noch aus §§ 823 Abs. 1, 2 BGB iVm mit Sonderbestimmungen. Diese Systematik zeigt, daß die in § 13 Abs. 2 Nr. 2-4 UWG genannten Institutionen gerade anders gestellt werden sollen als die Mitbewerber auf dem Markt. Sie genießen eine Sonderstellung, um als Hüter der Allgemeinheit die Einhaltung der Wettbewerbsregeln zu überwachen. Hieraus kann aber keine unmittelbare Beziehung gegenüber einem Gewerbetreibenden hergeleitet werden, denn die jeweiligen Institutionen werden zur Wahrung der Interessen der Allgemeinheit tätig.

Die Richtigkeit dieser Überlegung wird noch dadurch unterstrichen, daß sich auf-

grund des Urteils des BGH zahlreiche "Gebührenvereine" gebildet haben. Es ist also jedem Bürger überlassen, mit Hilfe von sechs anderen Personen einen Verein zu gründen, der sich zum Satzungszweck setzt, die Regeln des lauterer Wettbewerbs am Markt zu beobachten und für die Einhaltung Sorge zu tragen. Während sich früher in Übereinstimmung mit dem Willen des Gesetzgebers die nach § 13 Abs. 2 UWG klageberechtigten Verbände mit einer hohen Mitgliederzahl vornehmlich beratend und aufklärend betätigten und die Prozeßführung praktisch nur "ultima ratio" war, widmen sich die jüngeren Vereinigungen mit zumeist geringem Mitgliederstamm nahezu ausschließlich der Abmahntätigkeit und gegebenenfalls der späteren Prozeßführung. Daß all diese Institutionen in einer unmittelbaren Beziehung zum unlauter Werbenden stehen, kann nicht allen Ernstes angenommen werden. Bei konsequenter Anwendung dieses "Unmittelbarkeitsbegriffs" hätte der BGH eine Fremdgeschäftsführung der Verbände ablehnen müssen.

II. Aufwendungsersatz gemäß § 683 BGB

Ungeachtet der Tatsache, daß mangels einer unmittelbaren Rechtsbeziehung zwischen den Parteien eine Fremdgeschäftsführung ausscheidet, soll nachstehend hilfsweise geprüft werden, ob im übrigen deshalb die Abmahnung im Interesse des Abgemahnten liegt, weil er auf diese Wei-

se die Gelegenheit erhalte, die von ihm ausgehende Störung durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung zu beseitigen. Dies setzt gemäß § 683 BGB voraus, daß die Übernahme des Geschäfts, also die Abmahnung, dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des jeweiligen Wettbewerbsstörers entspricht. Dem Interesse des Wettbewerbsstörers entspricht die Abmahnung dann, wenn sie für den Geschäftsherrn objektiv nützlich ist, sich also vorteilhaft auswirkt. Die entscheidende Frage zielt auch hier dahin, ob dem Wettbewerbsstörer durch eine von einem Verband ausgesprochene Abmahnung Kosten erspart werden. Bei einer direkt durch eine in § 13 Abs. 2 UWG genannte Institution ausgesprochenen Abmahnung ermäßigen sich - wie dargelegt - die Aufwendungsersatzansprüche auf eine Pauschale, die von den Gerichten in stetiger Rechtsanwendung gemäß § 287 ZPO üblicherweise auf einen Betrag zwischen 105,00 DM bis 140,00 DM zuzüglich Mehrwertsteuer geschätzt wird 227.). Vergleicht man die den Verbänden und Wettbewerbsvereinen zugebilligten Abmahnkosten mit denen eines sofortigen gerichtlichen Vorgehens unter Mitwirkung eines Rechtsanwalts, so ist auf den ersten Blick in

227.) LG Frankfurt WRP 82, 553, 554; WRP 77, 129 (131); BGH GRUR 1984, 129: 120,00 DM; zuletzt KG WRP 1986, 384 (386): 105,00 DM

der Tat eine Kostenersparnis gegeben. Eine echte Minderung der Kosten tritt für den Verletzten aber nur dann ein, wenn er ausschließlich von einem Verband abgemahnt wird. Handelt es sich um eine zweit- dritt- oder noch vielfachere Abmahnung, so entstehen dem Störer zusätzliche Kosten im Vergleich zum gerichtlichen Verfahren. Dies zeigt, daß sich wie bei den Mitbewerbern grundsätzlich nur eine einmalige, durch einen Verband ausgesprochene Abmahnung für den Wettbewerbsstörer kostengünstig auswirken kann. Jede weitere, mit Kostenerstattungsansprüchen verbundene Abmahnung liegt mangels fortbestehender Wiederholungsgefahr nicht mehr im Interesse des Geschäftsherrn, da sie sich für ihn nicht mehr vorteilhaft auswirken kann.

Als Fazit bleibt festzuhalten, daß man den in § 13 Abs. 2 UWG genannten Institutionen -wenn man über die Bedenken der unmittelbaren Rechtsbeziehung hinwegkommt - nur dann Kostenerstattungsansprüche zubilligen kann, wenn sie die erste berechtigte Abmahnung ausgesprochen haben. Wenn sich der Wettbewerbsstörer bereits anderweitig unterworfen hat, bildet auch hier das Rechtsinstitut der Geschäftsführung ohne Auftrag keine tragfähige Grundlage für Aufwendungsersatzansprüche.

3. Teil

Kostenerstattungsansprüche des zu Unrecht Abgemahnten

A.) Einleitung: Die Abwehrmaßnahmen

Die wettbewerbsrechtliche Praxis zeigt, daß nicht jeder Abmahnung tatsächlich ein wettbewerbswidriges Verhalten des Abgemahnten zugrundeliegt. Häufig werden von dem Abmahnenden bzw. von dem von ihm eingeschalteten Rechtsanwalt Auffassungen vertreten, die einer näheren Überprüfung nicht standhalten. Auch angesichts der regional unterschiedlichen Rechtsprechung sind Werbemaßnahmen möglich, die in einigen Regionen für zulässig, in anderen dagegen für wettbewerbswidrig erachtet werden. Häufig läßt sich der Abmahnende im Rahmen des Schriftwechsels oder aufgrund eines vom Abgemahnten zitierten Urteils davon abhalten, gerichtliche Schritte einzuleiten, da er befürchtet, in einem Prozeß bzw. einstweiligen Verfügungsverfahren zu unterliegen.

Die Tätigkeit des zu Unrecht Abgemahnten beschränkt sich aber in vielen Fällen nicht darauf, lediglich den geltend gemachten Unterlassungsanspruch zu negieren, sondern häufig will er einen umfassenderen Schutz. Mit der Abmahnung sieht sich nämlich der angeblich unlauter Werbende der Gefahr ausgesetzt, daß er im Falle der Weigerung der Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung mit

einem einstweiligen Verfügungsverfahren überzogen wird. In diesem Fall reicht ihm das einfache Bestreiten des Wettbewerbsverstoßes nicht aus, sondern er wird bei allen als örtlich zuständig in Betracht kommenden Landgerichten eine sogenannte Schutzschrift hinterlegen. Der Sinn und Zweck einer solchen Schutzschrift liegt darin, das Gericht für den Fall des als bevorstehend vermuteten Eingangs eines Verfügungsantrages zu veranlassen, die beantragte Verfügung nicht durch Beschluß zu erlassen, sondern Termin zur mündlichen Verhandlung über den Antrag anzuberaumen 228.).

Daneben betrifft die Einreichung einer Schutzschrift nicht nur die Frage, wie - durch Beschluß oder Urteil - über den Verfügungsantrag zu entscheiden ist. Der Einreicher einer Schutzschrift will vielmehr die Zurückweisung des erwarteten Antrages schon durch Beschluß, wenn das nicht gelingt, wenigstens durch mündliche Verhandlung erreichen 229.). Das Gericht kann aber nach Eingang einer Schutzschrift und eines Verfügungsantrages gleichwohl die beantragte Verfügung trotz der Schutzschrift erlassen, zum

228.) vgl. dazu Pastor S. 110

229.) OLG Hamburg, MDR 1978, 151; KG GRUR 1985, 325
Demgemäß bezeichnet das OLG Nürnberg WRP 77, 596 Schutzschriften als geeignetes Abwehrmittel beim Verfügungsverfahren

Beispiel weil sie nicht geeignet war, den gegnerischen Vortrag zu erschüttern, oder sogar deshalb, weil - auch so etwas kommt vor - gerade erst die Schutzschrift das Vorbringen des Antragstellers schlüssig macht bzw. bestätigt.

Weist das Gericht den Verfügungsantrag durch Beschluß zurück, gleichgültig, ob vor oder nach Einreichung der Schutzschrift, so stellt sich die Frage, ob dem Hinterleger einer Schutzschrift ein prozessualer Kostenerstattungsanspruch gem. § 91 ZPO zusteht. Dies wird von Teilen der Rechtslehre mit der Begründung abgelehnt, daß es an einem nach § 91 ZPO zu fordernden Prozeßrechtsverhältnis zwischen den Parteien fehle. 229 a.)

Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur dagegen bejaht aufgrund des bereits durch Antragseinreichung entstandenen Prozeßrechtsverhältnisses eine Kostenerstattungspflicht des Antragstellers gem. § 91 ZPO. 229 b.)

229 a.) Borck WRP 78, 262 (263); Pastor
S. 124 ff.

229 b.) Gloy-Spätgens § 80 Rdn. 30;
Zöllner § 91 Rdn. 13; Baumbach-
Lauterbach-Albers-Hartmann § 91
Anm. 2; OLG Frankfurt WRP 87 ,
114; OLG Hamburg WRP 87, 495;
OLG Nürnberg WRP 77, 596

Da gem. § 937 Abs. 2 ZPO eine einstweilige Verfügung erlassen werden kann, ohne daß der Antragsgegner vorher gehört oder benachrichtigt wird, erscheint es auch nur konsequent, bereits mit Eingang eines Eilgesuchs das Bestehen eines Prozeßrechtsverhältnisses zu bejahen. Die Kostenentscheidung fällt dann zu Lasten des Antragstellers gem. § 91 ZPO aus und zwar ohne Prüfung, ob dem Antragsgegner erstattungsfähige Kosten entstanden sind oder nicht 230.). Diese Kostenentscheidung ist die Grundlage für die Entscheidung über das Kostenfestsetzungsgesuch des Rechtsanwalts, der die Schutzschrift eingereicht hat. Insoweit entsteht ein prozessualer Kostenerstattungsanspruch (§§ 104 ff. ZPO), mit Hilfe dessen der zu Unrecht Abgemahnte einen Vollstreckungstitel erhält.

Nimmt der Antragsteller seinen Verfügungsantrag zurück, bevor das Gericht hierüber oder über das weitere Verfahren entschieden hat oder der Antragsgegner vom Gericht in das Verfügungsverfahren einbezogen worden ist, kann der Antragsgegner Kostenentscheidung in analoger Anwendung des § 269 Abs. 3 ZPO beantragen 231.). Genauso hat das Gericht über einen

230.) OLG Hamburg, WRP 1983, 586

231.) hM: KG GRUR 1985, 325; OLG Düsseldorf WRP 81, 652; OLG Karlsruhe WRP 86, 352; OLG Hamburg WRP 83, 586;
a.A.: OLG Düsseldorf WRP 80, 561

schon in der Schutzschrift für den Fall der Antragsrücknahme gestellten Kostenantrag zu befinden.

Das gleiche gilt aber mangels Fortbestehens eines Prozeßrechtsverhältnisses nicht, wenn der Antragsgegner von dem gegen ihn eingereichten Antrag erst nach dessen Rücknahme erfährt und sich danach erstmalig an das Gericht wendet 232.), denn das Prozeßrechtsverhältnis endet mit der Antragsrücknahme 232 a.).

Es ist aber unzweifelhaft, daß ein Kostenerstattungsanspruch des zu Unrecht Abgemahnten für eine Hinterlegung einer Schutzschrift dann mangels eines Prozeßrechtsverhältnisses - auch in analoger Anwendung des § 269 Abs. 3 ZPO - nicht in Betracht kommt, wenn der Abmahnende niemals einen Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung bei Gericht eingereicht hat.

Ebenso wie für den Fall eines nur außergerichtlich geführten Schriftwechsels wird auch der zu Unrecht Abgemahnte seine in den meisten Fällen durch anwaltliche Einschaltung entstandenen Kosten ersetzt verlangen wollen, die ihm durch Hinterlegung einer Schutzschrift entstanden sind. Auch insoweit bieten nur die materiellrechtlichen Bestimmungen eine Grundlage.

232.) OLG Karlsruhe WRP 81, 39; a.A.:
Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann § 920 Anm. 3.; Thomas-Putzo § 920 Anm. 1; Baumbach-Hefermehl § 25 UWG Rdn. 25

232 a.) Rosenberg-Schwab § 2 V.; § 130

B.) Anwendung des § 678 BGB

Wenn man die Erstattungsfähigkeit der Abmahnkosten unter die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag stellt, muß als Anspruchsgrundlage für die durch Abwehr einer unberechtigten Abmahnung entstandenen Kosten § 678 BGB in Betracht gezogen werden. Wenn man nämlich in der Abmahnung ein "auch fremdes Geschäft" erblickt, die Übernahme dieser Geschäftsführung aber mit dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch steht und der Geschäftsführer dies unter Beachtung aller Sorgfaltspflichten hätte erkennen können, so gewährt § 678 BGB dem Geschäftsherrn Ersatz des aus der Geschäftsführung entstandenen Schadens. Diese Bestimmung betrifft die schuldhaft unberechtigte Übernahme einer Geschäftsführung und gewährt Ersatz des Schadens, der durch die ungewollte Übernahme des Geschäfts entstanden ist. Es dürfte eigentlich auf den ersten Blick keinem Zweifel unterliegen, daß die einem zu Unrecht Abgemahnten durch Einschaltung seines Rechtsanwalts entstandenen Kosten auf die unberechtigte Abmahnung zurückzuführen und deshalb von dem Verwarnenden zu erstatten sind.

Gleichwohl lehnt die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur für den zu Unrecht Abgemahnten wegen seiner Anwendungen zur Abwehr des Angriffs einen Anspruch aus dem Gesichtspunkt des § 678 BGB ab, obwohl in der Ausgangssituation bei den Abmahnkosten die Anwendung der

Geschäftsführung ohne Auftrag bejaht wird 233.). Dies wird zum einen damit begründet, daß dem deutschen Recht eine allgemeine Erstattungspflicht der durch eine Verteidigung gegen ungerechtfertigte Angriffe verursachten Aufwendungen fremd sei; zum anderen scheide ein Erstattungsanspruch aus dem Gesichtspunkt des § 678 BGB auch deshalb aus, weil die Einschaltung eines Rechtsanwalts ausschließlich der Wahrung eigener Interessen diene, nämlich der Abwehr des mit der Verwarnung geltend gemachten Anspruchs 234.).

Ferner wird einer Erstattungspflicht nach § 678 BGB entgegengehalten, daß das für einen Schadensersatzanspruch aus § 678 BGB erforderliche Übernahmeverschulden in der Regel nicht vorliege, weil der Abmahnende bei zweifelhafter Rechtslage ohne Verschulden annehmen könne, seine Abmahnung entspreche dem mutmaßlichen Willen des Gegners 235.).

Für diejenigen, die bereits in der Ausgangssituation, nämlich der Geltendmachung der Abmahnkosten, die Anwendung der

233.) OLG Hamm WRP 80, 216 (217); OLG Hamburg, WRP 83, 422, (423); LG Nürnberg WRP 78, 325 ff.; AG München WRP 80, 451 ff.; Ahrens NJW 82, 2478, 2479;

234.) OLG Hamm a.a.O.

235.) Gloy § 63 Rdn. 36

Geschäftsführung ohne Auftrag ablehnen, dürfte sich die Frage der Erstattungsfähigkeit der Kosten der Abwehr einer unberechtigten Abmahnung unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt gar nicht erst stellen. Gleichwohl wird von Melullis 236.) der grundsätzlichen Ablehnung noch angefügt, daß die den § 677 ff. BGB zugrundeliegenden Wertungen dann gänzlich verlassen würden, wenn man die unberechtigte Verwarnung dieser gesetzlichen Bestimmung unterstelle. Er zieht einen Vergleich zu der Mahnung im Sinne der §§ 284 ff. BGB, wobei der Gesetzgeber für eine unberechtigte Mahnung keine Ersatzpflicht vorgesehen habe. Nicht anders sei die Interessenlage bei der unberechtigten Abmahnung; auch hier sei grundsätzlich keine Notwendigkeit dafür zu erkennen, demjenigen, der einer zu Unrecht ausgesprochenen Aufforderung nicht Folge leiste, einen Ersatzanspruch zuzubilligen.

Nach der Gegenmeinung ist derjenige, der einen Konkurrenten wegen angeblich wettbewerbswidrigen Verhaltens anwaltlich abmahnen läßt, zum Ersatz der dem Konkurrenten entstehenden Anwaltskosten für die Zurückweisung der Abmahnung gemäß § 678 BGB verpflichtet, wenn kein wettbewerbs-

236.) Gloy-Melullis § 20 Rdn. 67

widriges Verhalten vorlag 237.).

Für diese Auffassung spricht bereits der klare Wortlaut des § 678 BGB, der als Anspruchsvoraussetzungen lediglich verlangt, daß die übernommene Geschäftsführer mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn nicht in Einklang steht und der Geschäftsführer dies hätte erkennen können. Zweifel an dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 678 BGB können sich nur insoweit ergeben, als bei in Wirklichkeit nicht existenten Wettbewerbsverstößen der Abmahnende keine Störung beseitigen und damit seine Tätigkeit nach objektiven Kriterien gar nicht in den Rechtskreis des angeblichen Verletzers fallen kann.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß der Abmahnende in dem Glauben ist, daß sein Mitbewerber wettbewerbswidrig gehandelt habe. Er führt somit ein subjektiv fremdes Geschäft, das ebenfalls dem Tatbestand des § 677 BGB im Hinblick auf § 678 BGB unterzuordnen ist, wenn er mit entsprechendem Fremdgeschäftsführungswillen

237.) LG Freiburg, WRP 83, 711: Wonach es auf ein Verschulden nicht ankomme (allerdings ohne Begründung) LG Detmold GRUR 1984, 376 = MDR 1984, 586; LG Bielefeld AZ 17 S 16/82: Die Kammer hat auf Wunsch der Parteien die diesbezügliche Rechtsauffassung im Protokoll festgehalten; Baumbach-Hefermehl 13. Auflage 1981, Einleitung UWG Rdn. 463, zurückhaltender allerdings in 14. Auflage 1983 Rdn. 464 a.

handelt^{237 a.)}. Die Untersuchung hat dieses subjektive Element bei der wettbewerblichen Abmahnung bereits festgestellt, so daß die übernommene Geschäftsführung dem Tatbestand des § 677 BGB in den Fällen unterzuordnen ist, in denen der Abmahnende ohne den Kostennachteil des § 93 ZPO befürchten zu müssen direkt das Gericht hätte anrufen können.

Wenn eine Abmahnung zu Unrecht erfolgt, wird man kaum die Auffassung vertreten können, der Empfänger sei damit einverstanden. Ferner hätte der Geschäftsführer oder über § 278 BGB der von ihm im Rahmen eines Dienstverhältnisses (§ 611 BGB) beauftragte Rechtsanwalt bei Beachtung aller Sorgfaltspflichten, einer richtigen Prüfung der Rechtslage oder Vornahme der gebotenen Recherchen in der Regel auch erkennen können, daß die Abmahnung zu Unrecht erfolgte.

237 a.) Soergel-Mühl § 677 Rdn. 3;
Staudinger-Wittmann vor § 677
Rdn. 16; RGRK-Steffen vor § 677
Rdn. 11; Berg JuS 75, 681;
Rödter JuS 83, 931; auch Medicus
Rdn. 424 läßt eine vermeintliche
Geschäftsführung für § 678
BGB ausreichen (Bsp.: vermeintlicher
Wohnungsbrand)

Es ist deshalb nicht ersichtlich, warum § 678 BGB hier nicht einschlägig sein soll. Schließlich ist denjenigen, die in der Abwehr des Angriffs eine ausschließlich eigene Geschäftsführung erblicken, entgegenzuhalten, daß dieser Gesichtspunkt lediglich für den Aufwendungsersatzanspruch des Geschäftsführers gemäß §§ 677, 683 BGB, nicht aber für den Schadensersatzanspruch des Geschäftsherrn relevant ist.

Wenn man deshalb - wie vorliegend - dem Mitbewerber oder Verband für die erste Abmahnung Kostenerstattungsansprüche aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag zubilligt, muß auch in diesen Fällen für eine unberechtigte Abmahnung dem Mitbewerber ein Kostenerstattungsanspruch gemäß § 678 BGB zugebilligt werden.

C.) Schadensersatzansprüche

I. Schadensersatz aus Spezialbestimmungen des UWG

Während § 13 Abs. 6 UWG demjenigen, der durch wettbewerbswidriges Verhalten seines Mitbewerbers einen Nachteil erleidet, Schadensersatzansprüche zubilligt, sieht das UWG für den umgekehrten Fall, nämlich dem des Ausspruchs einer unberechtigten Abmahnung und den daraus resultierenden Aufwendungen keine gesetzliche Regelung vor, so daß auf die allgemeinen Bestimmungen des BGB zurückgegriffen werden kann.

II. Eingriff in den eingerichteten und
ausgeübten Gewerbebetrieb, § 823 I
BGB

Die Abmahnung durch einen Konkurrenten wegen eines angeblichen Wettbewerbsverstoßes kann den Betrieb des Verwarnten empfindlich stören. Er ist insbesondere gehalten, Recherchen anzustellen, gegebenenfalls einen Rechts- oder Patentanwalt einzuschalten und steht unter dem Eindruck der Verwarnung. Wenn er beispielsweise mit einer Tageszeitung bereits eine Vielzahl von Werbeanzeigen vertraglich vereinbart hat, sieht er sich vor die Notwendigkeit gestellt, diese Werbung zu stoppen oder zumindest inhaltlich zu ändern. Möglicherweise wird er das beanstandete Verhalten bis zur Klärung ganz unterlassen.

Es stellt sich deshalb die Frage, ob in einer unberechtigten Abmahnung ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Abmahnungsempfängers erblickt werden kann.

Die Rechtsprechung des BGH und der Oberlandesgerichte nimmt bei Abmahnungen wegen angeblicher Verletzungen von gewerblichen Schutzrechten (Patentgesetz, Geschmacksmustergesetz) einen Eingriff in

den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb an 238.).

Diese Rechtsprechung hat damit lediglich demjenigen Aufwendungsersatz zugesprochen, der in seinen gewerblichen Schutzrechten verletzt wird und dies damit begründet, daß der Empfänger einer solchen Erklärung kurzfristig die weitreichende Entscheidung darüber treffen muß, ob Produktion bzw. Vertrieb der be-
anstandeten Ware fortgesetzt oder eingestellt werden soll. Ferner hat es die Rechtsprechung für untragbar erachtet, wenn der Schutzrechtsinhaber durch Dritte in seiner Gewerbeausübung durch eine ungerechtfertigte Unterlassungsforderung behindert werden könnte, ohne an die Abwehr einen Schadensersatzanspruch knüpfen zu können 239.).

238.) BGH GRUR 1962, 255 ff.; GRUR 1976, 715 ff.; GRUR 1979, 332, 333; OLG München WRP 80, 228, 229; OLG Stuttgart WRP 84, 296 ff.: Wegen Kosten einer Schutzschrift nach Abmahnung, der Verfügungsantrag folgte nicht nach.

239.) BHG a.a.O; siehe insbesondere BGH BB 1974, 389 (390)

Demzufolge billigt die höchstrichterliche Rechtsprechung demjenigen, der wegen eines außerhalb des Sonderrechtsschutzes begangenen Wettbewerbsverstoßes abgemahnt worden ist, keinen Erstattungsanspruch für seine Aufwendungen zu 240.).

Einige Instanzgerichte haben allerdings in einer unberechtigten Verwarnung hinsichtlich eines angeblichen Wettbewerbsverstoßes einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb erblickt 241.). Diesen Gerichten ist allerdings vorzuhalten, daß sie es an einer Begründung gänzlich haben fehlen lassen, weswegen nachstehend die Voraussetzungen des § 823 I BGB näher beleuchtet werden sollen.

240.) BGH WRP 1965, 99

241.) LG Osnabrück GRUR 1984, 881 ff.:
Für Kosten der Schutzschrift; AG
Nordhorn AnwBl 1983, 473; AG Singen
AnwBl 84, 462;

Die Rechtsprechung und die absolut herrschende Auffassung in der Literatur setzen für einen Anspruch aus § 823 I BGB voraus, daß der in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb erfolgte Eingriff unmittelbar ist, worunter nur ein betriebsbezogener Eingriff zu verstehen ist, der sich gegen den Betrieb als solchen richtet 242.). Danach sind als betriebsbezogen nur solche Beeinträchtigungen anzusehen, die die Grundlagen des Betriebes bedrohen oder gerade den Funktionszusammenhang der Betriebsmittel auf längere Zeit aufheben oder seine Tätigkeit als solche in Frage stellen. Verhaltensweisen, die andere unter sonst gleichen Umständen ersatzlos hinnehmen müßten, wird eine Betriebsbezogenheit auch dann nicht zugesprochen, wenn der betroffene Gewerbebetrieb empfindlich gestört ist. Sie würden nur ein Betriebsrisiko des Unternehmers, nicht aber ein Haftungsrisiko des Schädigers begründen 243.).

Ob diese Voraussetzungen auch bei einer

242.) Mü.-Komm./Mertens § 823 Rdn. 493
m.w.N.; RGRK Steffen § 823 Rdn. 43
BGHZ 29, 165

243.) RGRK Steffen a.a.O.; BGH NJW 83,
812

unberechtigten Abmahnung wegen eines angeblichen Wettbewerbsverstoßes vorliegen, kann nur von den Umständen des Einzelfalles abhängen. Auch von Melullis 244.) wird darauf hingewiesen, daß in besonderen Einzelfällen auch eine wettbewerbsrechtliche Abmahnung eine Zwangslage des Betriebsinhabers begründen kann, nämlich dann, wenn die Verletzung einer Position gerügt wird, deren allgemeiner wettbewerbsrechtlicher Schutz mit dem Sonderrechtsschutz vergleichbar ist, so daß der Empfänger dieser Aufforderung zu ähnlich weitreichenden Entscheidungen veranlaßt wird. Hier wird also eine Parallele zu den gewerblichen Schutzrechten gezogen. Dem ist noch anzufügen, daß sich im Einzelfall eine unberechtigte Abmahnung unterschiedlich auswirken kann. Wenn sie sich gegen ein Großunternehmen richtet, wird dieses sicherlich nicht in eine Zwangslage versetzt, die die Grundlagen des Betriebes oder den Funktionszusammenhang der Betriebsmittel stört bzw. beeinträchtigt. In vielen Fällen beschäftigt ein solches Unternehmen Fachleute, die diese Fragen selbst kurzfristig beantworten können, so daß in vielen Fällen der jeweilige Betriebsinhaber noch nicht einmal Kenntnis von derartige Abmahnungen erhält.

Auf der anderen Seite muß allerdings berücksichtigt werden, daß es viele Gewerbetreibende gibt, die gerade mit ihrer

Tätigkeit erst beginnen und entweder keine oder nur wenige Angestellte haben. Wenn solche am Anfang ihrer Existenz stehende Gewerbetreibenden angeblich wettbewerbswidrig handeln und deshalb abgemahnt werden, wirkt sich für diese eine Verwarnung - insbesondere wenn sie anwaltlich erfolgt - psychologisch so stark aus, daß sie unter dem Eindruck dieser dazu neigen, zumindest vorsichtiger zu disponieren, möglicherweise bis zur endgültigen Klärung des beanstandeten Verhaltens die Werbung ganz unterlassen. Hier würde eine Abmahnung diesen Gewerbetreibenden in eine Zwangslage bringen, die ihm die jeweilige Entscheidungsfreiheit nicht mehr in vollem Umfang beläßt. In diesen Fällen dürfte auch unter Einbeziehung der strengen Voraussetzungen der Betriebsbezogenheit ein solcher Eingriff zu bejahen sein.

Diese Feststellung darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Frage, ob eine wettbewerbsrechtliche Abmahnung eine derartige Zwangslage begründet und damit einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellt, der Prüfung des jeweiligen Einzelfalls vorbehalten sein muß. Eine generelle Aussage, daß eine unberechtigte Abmahnung stets einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellt, kann nicht aufgestellt werden.

Dementsprechend bleibt festzuhalten, daß de lege lata nur in einigen Einzelfällen der zu Unrecht Abgemahnte Erstattung we-

gen seiner Aufwendungen zur Abwehr des Angriffs verlangen kann. Eine solche Rechtlosstellung wird teilweise mit einem allgemeinen Betriebs- und Lebensrisiko begründet, 244a.) kann allerdings dem Gerechtigkeitsgefühl aller Beteiligten nicht gerecht werden. Um die Parität zwischen allen Gewerbetreibenden herzustellen, bedarf es für den Fall, daß der Abmahnende seine Kosten erstattet verlangen kann, einer gleichlautenden Regelung für den zu Unrecht Abgemahnten. Ein Lösungsvorschlag bleibt der Schlußbetrachtung vorbehalten

244 a.) Ahrens NJW 82, 2478

4. Teil

Zusammenfassung der ermittelten Ergebnisse und Lösungsalternativen

Die Untersuchung hat gezeigt, daß die Mitbewerber und Konkurrenten im Falle eines verschuldeten wettbewerbswidrigen Fehlverhaltens eines Gewerbetreibenden ihre Abmahnkosten aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes gemäß § 13 Abs. 6 UWG herleiten können. Eine derartige generelle Aussage läßt sich bei unverschuldeten Verstößen eines Mitbewerbers nicht treffen. Die Regeln der GOA bieten nur in den Fällen eine Anspruchsgrundlage, in denen keine Kostennachteile nach § 93 ZPO gedroht hätten. Aber auch dann hängt es jeweils von den Umständen des Einzelfalles ab, ob mit der ausgesprochenen Abmahnung dem Mitbewerber Kosten erspart worden und damit die Voraussetzungen der §§ 677, 683, 670 BGB gegeben sind. Darüber hinaus bieten die Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag keine tragfähige Grundlage für den durch einen Zweitabmahnung ausgelösten Kostenerstattungsanspruch.

Die in § 13 Abs. 2 Nr. 2-4 UWG genannten Institutionen haben dagegen keine Schadensersatzansprüche, weder aus unmittelbarer Anwendung des § 13 Abs. 6 UWG noch aus § 823 Abs. 1, Abs. 2 BGB iVm den jeweiligen Vorschriften des UWG. Die einzig mögliche Anspruchsgrundlage, nämlich das Rechtsinstitut der Geschäftsführung ohne Auftrag, bietet diesen Institutionen nur in Ausnahmefällen die Möglichkeit der Kostenerstattung.

Es fragt sich, ob dieses gefundene Ergebnis überzeugen kann. Das privatrechtliche System des Wettbewerbsschutzes und die den Institutionen gemäß § 13 Abs. 2 UWG eingeräumte Klagebefugnis bieten erhebliche Vorzüge gegenüber der Schaffung staatlicher Überwachungsstellen. Das Wettbewerbssystem gewährt nur dann einen ausreichenden Schutz, wenn in ihm auch Fachverbände tätig werden, ohne deren Einschreiten in der Vergangenheit die Überwachung der Einhaltung der Wettbewerbsregeln nicht so reibungslos abgelaufen wäre.

Die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs liegt im öffentlichen Interesse und die Tätigkeit der Verbände trägt entscheidend zur Durchsetzung dieses öffentlichen Interesses bei. Sie erlaubt es dem Kaufmann, ggfls. in der von ihm gewünschten Anonymität zu bleiben. Die Ausstattung und Erfahrung dieser Verbände ermöglicht nicht nur eine schnelle und sachgerechte Rechtsverfolgung, sondern bringt auch einen Abschreckungseffekt gegenüber Rechtsverletzern mit sich.

Von dem geschäftsführenden Präsidiumsmitglied der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs in Frankfurt e.V. 245.) wird sogar für die von ihm geführte Institution zur Wahrung ihrer Seriosität angeboten, daß sie sich hinsichtlich ihrer Tätigkeit einer Rechtsaufsicht unter-

stellen will, wie sie zum Beispiel bei öffentlich- rechtlichen Körperschaften der gewerblichen Wirtschaft besteht. Insbesondere im Hinblick auf diese seriösen Fachverbände bzw. Vereinigungen bedarf es einer Grundlage für die Erstattung ihrer aus der Abmahnung entstandenen Kosten. Auch eine Abwägung mit den Interessen des schuldlosen Verletzers führt zu keinem anderen Ergebnis. Denn in erster Linie muß darauf abgestellt werden, daß bei einem objektiv - wenn auch unverschuldeten - Wettbewerbsverstoß ein Wettbewerbsvorteil des Werbenden entsteht und daß alle Mitbewerber und die Allgemeinheit ein Interesse daran haben, diesen Zustand so schnell wie möglich zu beseitigen und die Fortsetzung unlauteren Wettbewerbs bereits im Frühstadium zu unterbinden.

Wenn ein Unternehmer Werbemaßnahmen ergreift, so geschieht dies grundsätzlich auf sein eigenes Risiko und er muß die Konsequenzen aus einer eventuell unlauteren Werbung tragen.

Das gleiche gilt für die Kosten der Zweitabmahnung. Auch hierfür muß es eine Erstattungsgrundlage geben, da sie letztlich durch die unlautere Werbung verursacht worden sind. Zudem würde eine "kostenlose" Zweitabmahnung zu Wettbewerbsverstößen Anreiz bieten, denn für den Störer würde das Kostenrisiko unlauteren Tuns kalkulierbar.

Darüber hinaus ist auch kein Grund dafür ersichtlich, warum derjenige, der zu Unrecht abgemahnt wird und seinerseits einen Anwalt beauftragt, schlechter gestellt werden soll als derjenige, der aktiv eine Abmahnung ausspricht. Dies heißt, daß auch derjenige, der sich gegen eine unberechtigte Abmahnung zur Wehr setzt, grundsätzlich die Möglichkeit haben muß, die durch die Abwehrmaßnahme entstandenen Kosten erstattet zu verlangen.

Nachstehende Lösungsalternativen kommen in Betracht:

A.) Restriktive Anwendung des § 93 ZPO

In § 1 dieser Untersuchung ist bereits festgestellt worden, daß sich das Institut der Abmahnung im wesentlichen aufgrund der kostenrechtlichen Bestimmung des § 93 ZPO gebildet hat. Während früher Klageveranlassung noch stets derjenige bot, der einen Wettbewerbsverstoß beging, knüpfen seit Anfang der 70-iger Jahre die Gerichte und Literatur strengere Voraussetzungen an die Klageveranlassung und verlangen - von Ausnahmefällen abgesehen - vor Einleitung gerichtlicher Schritte eine wettbewerbsrechtliche Abmahnung.

Es stellt sich hierbei aber die Frage, ob damit nicht der Verletzer von unserer Rechtsordnung zu schonend behandelt wird, denn insbesondere die dem Störer zu gestattende Überlegungsfrist nach Zugang der Abmahnung ermöglicht es ihm, sein wettbewerbswidriges Verhalten fortzusetzen, zumindest aber die Früchte seines Tuns bereits weitgehend in die "Scheune" zu fahren 246.).

Aus dieser Überlegung heraus wird die Auffassung vertreten, daß die Abmahnungsnotwendigkeit im Wettbewerbsrecht weder dem Gesetz noch den wirtschaftlichen Interessen des gesetzestreuen Wettbewerbers Rechnung trage. Gerade aus § 25 UWG folge, daß die Wiederholungsgefahr vermutet werde und deshalb die Glaubhaftmachung eines Verfügungsgrundes entfalle. Demzufolge gehöre zur Natur des wettbewerblichen Unterlassungsanspruchs die sofortige Zugriffsmöglichkeit; es liege also "ipso jure" ein Anlaß vor, eine einstweilige Verfügung zu beantragen 247.).

Ob allerdings deshalb bei Wettbewerbsverstößen eine direkte Anrufung der Gerichte erfolgen soll, ist fraglich. Mit der Schaffung des § 93 ZPO hat der Gesetzgeber sicherlich mehrere Zwecke verfolgt. Zum einen soll erreicht werden, daß der staatliche Gerichtsapparat nur dann in Funktion gesetzt wird, wenn sich kein

246.) Sommermeyer MDR 1970, 291; Vgl. auch Gaissert S. 1

247.) Sommermeyer MDR 70, 289 (290)

einfacherer und effektiverer Weg anbietet, weswegen dieser Bestimmung eine sogenannte Bremsfunktion zuzumessen ist 248.). Dieser Schutz der Gerichtsorganisation kann allerdings nicht soweit gehen, wie es in einem Urteil des OLG München 249.) seinen Niederschlag gefunden hat. Dort heißt es:

"In allen diesen Fällen würde ein Unterlassen der Abmahnung und eine sofortige Anrufung der Gerichte vielfach zu einer unnötigen Belastung der Rechtsorgane führen. Die mit der Abmahnlast erstrebte Vermeidung unnötiger Prozesse soll nicht dem wettbewerbswidrig Handelnden Kosten ersparen, sondern Zeit und Arbeitskraft der Gerichte schonen....."

Das OLG München hat sich mit der Frage einer Kostenersparnis nicht näher auseinandergesetzt, sondern ausschließlich auf den Gedanken der Prozeßökonomie abgestellt. Diese Begründung allein reicht jedoch nicht aus, denn sie würde dazu führen, daß sich der Kampf der Gewerbetreibenden aus dem Gerichtssaal mit öffentlicher Verhandlung in ein Vorfeld verlagert, wo wirtschaftliche Macht mehr bedeuten kann als die materielle Berech-

248.) Gaissert S. 43, 44

249.) OLG München WRP 1971, 434

tigung im Einzelfall. Man muß sich deshalb fragen, wie es vorstellbar sein soll, daß Klagen und Verfügungsgesuchen ein Abmahnungsinstrumentarium vorgeschaltet wird nur zu dem Zweck, die Belastung von Gerichten einzudämmen. 250.)

Darüber hinaus ist dem Urteil des OLG München entgegenzuhalten, daß die sogenannte Abmahnungslast keineswegs nur zum Zweck der Entlastung der Gerichte entwickelt worden ist. § 93 ZPO verfolgt sicherlich auch den Schutz des Beklagten, der sich nicht unvermittelt einer Klage ausgesetzt sehen soll, insbesondere in den Fällen, in denen ein unverschuldeter Verstoß zugrundeliegt. § 93 ZPO bezweckt deshalb nicht nur die Entlastung der Rechtsprechungsorgane, sondern will in erster Linie den Schuldner vor solchen Kosten bewahren, die durch sein Verhalten nicht veranlaßt worden sind 251.).

Es erscheint deshalb nicht richtig, gleich bei jedem kleinen Wettbewerbsverstoß gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen zu können, ohne die Kosten tragen zu müssen. Soweit allerdings Vogt 251 a.) die Lehre von der "Abmahnungslast" gänz-

250.) Anm.: Insoweit ist Vogt NJW 80, 1500 zu folgen

251.) Stein-Jonas-Leipold § 93 Rdn. 1;
Borck WRP 74, 246 (247); Borck NJW 1981, 2726

251 a.) Vogt a.a.O.

lich für einen Irrtum hält, ist dem entgegenzuhalten, daß die hohe außergerichtliche Erledigungsquote durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung am besten belegt, daß keineswegs in jedem Fall Veranlassung besteht, Klage zu erheben. Die von der Rechtsprechung entwickelten Ausnahmetatbestände zur Abmahnungslast zeigen gerade, daß es dem Kläger nur in Einzelfällen - auch unter Berücksichtigung der Interessen des Beklagten - nicht zuzumuten ist, länger abzuwarten. Gaissert 252.) kommt deshalb zu dem richtigen Ergebnis, daß eine Abmahnung nur dann entbehrlich ist, wenn sie entweder zwecklos oder unzumutbar ist.

Hierbei sollte es verbleiben. Eine generelle Durchbrechung des Kostenprivilegs gemäß § 93 ZPO mit der Maßgabe, daß aufgrund eines Wettbewerbsverstoßes stets Klageveranlassung gegeben sei und deshalb auch bei unverschuldeten Verstößen ein prozessualer Kostenerstattungsanspruch entstehe, ist abzulehnen.

252) Gaissert S. 57

B.) Anrechnung fiktiver Abmahnungskosten im Rahmen des Kostenfestsetzungsverfahrens bei unterbliebener Abmahnung

Eine weitere Alternative, den verletzten Mitbewerber kostenmäßig bei direkten klageweisen Vorgehen zu entlasten, ist

von einigen Oberlandesgerichten dadurch entwickelt worden, daß diese den materiellrechtlichen Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten bei der prozessualen Kostenentscheidung eines ohne vorangegangener Abmahnung betriebenen Gerichtsverfahren als Subtraktionsposten berücksichtigen wollen. Dem Antragsteller werden dann zwar die Verfahrenskosten auferlegt, hiervon in Abzug gebracht werden aber sogenannte fiktive, vom erkennenden Gericht genau auszurechnende Abmahnkosten, die der Gegner zu tragen gehabt hätte, wenn er erst abgemahnt worden wäre 253.). Dieser Weg einer Kostenanrechnung ist jedoch rechtlich nicht haltbar und wird auch von der als herrschend zu bezeichnenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur zu Recht abgelehnt 254.)

253.) OLG Köln WRP 69, 248; WRP 74, 565 (566); Diese Auffassung hat das OLG Köln aufgegeben in WRP 81, 481, 482 ff., OLG Stuttgart WRP 78, 837, 838

254.) OLG Düsseldorf WRP 80, 416; OLG Schleswig WRP 72, 441 ff.; OLG Karlsruhe MDR 76, 497; OLG Celle WRP 81, 649; Ahrens, Wettbewerbsverfahrensrecht S. 145; Baumbach-Hefermehl 13. Auflage Einleitung UWG Rdn. 462; jetzt auch Nordemann Rdn. 602

Die Kostenregelung der ZPO ist schematisch. Zwar können im Rahmen des § 91 a ZPO oder über § 92 ZPO je nach der Höhe des Obsiegens vom Gericht Kosten geteilt werden. § 93 ZPO läßt dagegen eine derartige differenzierende Betrachtungsweise nicht zu, sondern nur eine solche, die unter prozessualen Gesichtspunkten getroffen wird und die nur die zur Prozeßführung und deren Vorbereitung tatsächlich entstandenen Kosten zum Gegenstand hat 255.). Im übrigen würde die Berücksichtigung von fiktiven Abmahnkosten zu einer nicht mehr zu vertretenden Ausweitung des einstweiligen Verfügungsverfahrens führen. Das Eilverfahren dient nämlich nur dem Zweck der vorläufigen Sicherung eines materiellrechtlichen Anspruchs und darf nicht dazu verwandt werden, über Ersatzansprüche endgültig zu befinden.

Schließlich ist dieser Lösungsalternative entgegenzuhalten, daß sie bei schuldlosem Wettbewerbsverstoß nur dem Erstmahner die Gelegenheit gibt, fiktive Abmahnkosten geltend zu machen.

Denn die Untersuchung hat gezeigt, daß in den Fällen der unverschuldeten Wettbewerbsverstöße über die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag nur die Kosten der Erstabmahnung erstattungsfähig sind. In allen weiteren Fällen gibt es keinen Subtraktionsposten mangels einer tragfähigen Anspruchsgrundlage.

Richtigerweise muß deshalb diese Lösungsalternative außer Betracht bleiben.

255.) Baumbach-Hefermehl Einleitung

C.) Schadensersatz ohne Verschulden

Einen weiteren Lösungsvorschlag unternimmt Vogt 256.), indem er unter Hinweis auf § 1 UWG, wo von einem Verschulden nicht die Rede ist, eine Gefährdungshaftung des Verletzers annimmt und auf eine Abmahnung ohne Kostenprivileg des § 93 ZPO auch in solchen Fällen verzichten will, in denen ein Verstoß nicht schuldhaft begangen worden ist. Er sieht in der Tätigkeit eines werbenden Kaufmanns eine Gefährdung seiner Mitbewerber. Derjenige, der ein Gewerbe begründe, beschränke vielfach seine Tätigkeit darauf, seinem Konkurrenten die Abnehmer wegzulocken, ja womöglich ganze Kundenstämme Dritter abzuwerben. Sobald er in unlauterer Weise seine Mitbewerber gefährde, habe er als Inhaber einer "Gefahrenquelle" für alles einzustehen, was sich an Schädigungen Dritter ereignet und wie bei der echten Gefährdungshaftung des BGB (§§ 833, 701, 231) treffe ihn sowohl die Pflicht zum Schadensersatz auch ohne Verschulden (Wortlaut des § 1 UWG) als auch die Haftung für seine Angestellten ohne die Rechtswohltat der Exkulpation.

Dieser Auffassung von Vogt ist zugute zu halten, daß sich unmittelbar nach Inkrafttreten der Generalklausel eine heftige Auseinandersetzung über die Verschuldensproblematik bei § 1 UWG entwickelt hat. So wurde aus der bewußten Abweichung von § 826 BGB der Schluß gezo-

256.) Vogt a.a.O.

gen, der Gesetzgeber habe in § 1 UWG generell auf das Verschuldenserfordernis verzichten wollen 257.).

Heute wird aber zu Recht als Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs aufgrund des § 1 UWG nahezu einhellig Verschulden des Täters gefordert 258.). Das Recht des unlauteren Wettbewerbs bildet einen Teil des allgemeinen Deliktsrechts. Zudem hat der ausschließlich für die Schaffung einer Gefährdungshaftung zuständige Gesetzgeber bei der Regelung des § 1 UWG eine solche nicht in Betracht gezogen. Vogt läßt bei seiner These der Deliktsschuldnerschaft ohne Verschulden eine Begründung von der Abweichung der ganz allgemeinen Meinung, die eben ein solches Verschulden fordert, vermissen. Offensichtlich hat er sich von der Überlegung leiten lassen, daß der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch grundsätzlich kein Verschulden erfordert. Dies darf aber nicht dazu verführen, diesen Gedanken auch auf das Deliktsrecht zu übertragen. Das Gesetz gewährt nur an ein Verschuldenserfordernis gebundene Schadensersatzansprüche; ein Verzicht auf ein Verschulden ist deshalb mit der geltenden Rechtsordnung nicht in Einklang zu bringen und somit abzulehnen.

257.) RG JW 1926, 564; 1927, 1104;

258.) Baumbach-Hefermehl Einleitung UWG
Rdn. 138, m.w.N.; Emmerich § 17 V a

**D.) Ansprüche aus analoger Anwendung der §§
91 ff. ZPO**

Die Vorschriften der §§ 91 ff ZPO entscheiden über die Kostentragungspflicht der Prozeßparteien und gewähren Kostenerstattungsansprüche, die sich nach dem Verhältnis des Gewinns zum Unterliegen richten. In der Wettbewerbsliteratur haben sich einige Autoren unter gleichzeitiger Ablehnung der Erstattungsfähigkeit von Abmahnkosten auf der Grundlage der Geschäftsführung ohne Auftrag mit einer analogen Anwendung der §§ 91 ff. ZPO befaßt. So regt Klaka ^{259.)} an, die von jedem Verschuldensmaßstab unabhängigen Regelungen der §§ 91 ff ZPO auch auf den außerprozessualen Kostenerstattungsanspruch zu übertragen. Für eine solche analoge Anwendung spricht immerhin, daß das Nachgeben des Abgemahnten gleichsam das Unterliegen im Rechtsstreit vorwegnimmt. Zudem hat der BGH in der bekannten Photowettbewerbsentscheidung die Frage der analogen Anwendung der §§ 91 ff. ZPO offengelassen, ja sogar durchaus Sympathie für diese Möglichkeit erkennen lassen, indem er über § 683 BGB den zu Recht Abmahnenden nicht schlechter stellen wollte, als wenn er im Prozeß obsiegt hätte.

Die herrschende Meinung in der Literatur ^{260.)} kommt dagegen zu dem Ergebnis, daß

259.) Klaka GRUR 1970, 191

260.) Dittmers NJW 1986, 2089; Ulrich MDR 73, 560; Loritz GRUR 1981, 883 (887); Borck WRP 81, 438 (441 f); Mes GRUR 78, 345

die Bestimmungen der §§ 91 ff ZPO entweder mangels Vorliegens einer Lücke in der Rechtsordnung oder deshalb nicht anwendbar seien, weil sie aufgrund der Intention des Gesetzgebers dem rechtlichen Schicksal der Hauptsache folgten. Dies werde insbesondere durch die Bestimmung des § 99 Abs. 1 ZPO deutlich, wonach Kostenentscheidungen nicht anfechtbar seien, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt werde.

Folgerichtig kommt auch Becker-Eberhard (261.) nach eingehender Untersuchung einer analogen Anwendung der §§ 91 ff. ZPO zu dem Ergebnis, daß das Fehlen einer der Kostenerstattung im prozessualen Bereich ähnlichen Kostenerstattung nach materiellem Recht im außerprozessualen Bereich auch keine Prinzip- oder Wertlücke darstelle. Eine Prinzip- und Wertlücke sei auf der Basis des Prinzips auszufüllen, das für die Bejahung der Lücke ausschlaggebend ist. Hier ergebe sich das die Lücke begründende Prinzip gerade nicht aus den prozessualen Kostenvorschriften, sondern aus den genannten Regelungen über den Verwendungs- und Aufwendersatz. Diesen läge aber der für die Bejahung einer Lücke ausschlaggebende gemeinsame Gedanke zugrunde, daß derjenige, der einem anderen Vorteile verschaffe, grundsätzlich keine Nachteile erleiden soll. Der prozessuale Kostenerstattungsanspruch beruhe auf einem anderen Prinzip und fol-

ge dem Ergebnis der Hauptsache, ihm liege nicht der Gedanke zugrunde, für einen anderen in Kauf genommene Nachteile auszugleichen.

Dieser herrschenden Auffassung gebührt der Vorzug. Soweit man den Abmahnenden nicht schlechter als im Prozeß stellen will, ist dem entgegenzuhalten, daß im Prozeß dem Unterliegen die Prüfung der Streitfrage durch ein ordentliches Gericht vorausgeht, während außergerichtlich die Unterzeichnung einer strafbewehrten Unterlassungserklärung oft nur deshalb erfolgt, weil der Abgemahnte lieber einen riskanten und kostenträchtigen Rechtsstreit vermeiden will, als auf seinem Rechtsstandpunkt zu bestehen. Gerade deswegen lehnen viele auf Unterlassung in Anspruch genommene Wettbewerber die weitere Übernahme von Kosten ab. Die Frage der Berechtigung des Unterlassungsbegehrens soll gerade nicht endgültig geklärt werden; dem Störer erscheint es lediglich opportun, sein als wettbewerbswidrig gerühtes Verhalten zu unterlassen. Durch dieses reine Unterlassen wird noch nichts über eine Kostentragungspflicht gesagt. Dieses Nachgeben zur Vermeidung von möglichen Kosten entspricht also keineswegs notwendig auch der materiellen Rechtslage. Völlig zu Recht wurde deshalb bereits von Habscheid ^{262.)} darauf hingewiesen, daß der Schutz der eigenen Rechtsphäre zunächst persönliche Aufgabe eines jeden Staatsbürgers sei und daß Ausgaben, die

262.) Habscheid NJW 58, 1001

er hierzu mache, zu seinen Lasten gingen, es sei denn, er habe einen materiell-rechtlichen Erstattungsanspruch.

Nach alledem ist es nicht der richtige Weg, die Erstattungsfähigkeit der Abmahnkosten der analogen Anwendung der §§ 91 ff ZPO zu unterstellen, da diese Bestimmungen über die Kostenpflicht auf dem mit der Klageerhebung entstandenen Prozeß-rechtsverhältnis beruhen und die Kosten-tragungspflicht ohne Rücksicht auf Verschulden allein nach dem Ausgang des Rechtsstreits regeln.

E.) Lösungsvorschlag unter Berücksichtigung der UWG-Novelle 1986

Die Auffassung, daß eine Kostenerstattungspflicht des abgemahnten Störers gerechtfertigt erscheint, lag bereits dem Gesetzesentwurf zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 07.03.1968 zugrunde 263.). Folgende Regelung war dem Gesetzgeber vorgeschlagen worden:

"Wer wegen Wettbewerbs-handlungen, die gegen Bestimmungen der den wirtschaftlichen Wettbewerb regelnden Gesetze verstoßen, abgemahnt wird, hat die hierdurch entstandenen Kosten einschließlich der durch die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts entstandenen Kosten zu tragen."

263.) BT-Drucksache 5/2324

Dieser Regelungsvorschlag ist nicht in das Änderungsgesetz vom 26.06.1969 aufgenommen worden und nachdem der BGH am 15.10.1969 die Erstattungs-fähigkeit von Abmahnkosten auf der Grundlage der Geschäftsführung ohne Auftrag bejahte, war das Bedürfnis nach einer gesetzlichen Neuregelung zunächst einmal verstummt.

Nach dieser UWG-Novelle von 1969 waren seit 1974 in regelmäßiger Folge 9 Novellierungsentwürfe von den Regierungen und den Parteien vorgelegt worden 264.). Der Regierungsentwurf vom September 1978 265.) und der im Jahre 1982 von der SPD/-FDP-Bundesregierung eingebrachte Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des UWG befaßten sich im wesentlichen mit Novellierungen, um Mißbräuchen der Klagebefugnis durch Abmahnungen, insbesondere durch sogenannte Abmahnvereine vorzubeugen. Erstmals kam die Überlegung auf, die Kosten der ersten Abmahnung nicht mehr für erstattungsfähig zu erachten. Diese Überlegung lag bereits der zitierten Entscheidung des LG Essen sowie der Auffassung verschiedener Autoren zugrunde 266.).

Aufgrund eines Gesetzesentwurfs zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren

264.) vgl. dazu im einzelnen Sack BB 1986 2215

265.) BT-Drucksache 8/2145

266.) LG Essen NJW 74, 997, 998; Wollschläger GOA S. 175; zuletzt: Prelinger Anwaltsblatt 1986 450

Wettbewerb vom 18.05.1983 267.), eingereicht von einigen Abgeordneten und der Fraktion der SPD, wollte man die Voraussetzungen der Klagebefugnis für Verbände begrenzen und auch eine Einschränkung der Aufwendungserstattung für Abmahnkosten einführen. § 13 Abs. 6 UWG sollte danach folgenden Wortlaut erhalten:

"Wer einen Unterlassungsanspruch außergerichtlich geltend macht, kann vom Zuwiderhandelnden einen Ersatz der Aufwendungen für die erste Abmahnung nicht verlangen."

Derselben Auffassung schienen die Mitglieder der Fraktionen der CDU/CSU und FDP zu sein, indem sie unter dem 29.01.1986 in einem Gesetzesentwurf 268.) einen Ausschluß des von den Gerichten nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag gewährten Aufwendungsersatzes für die erste Abmahnung vorsahen, weil die Mißbräuche der Abmahnbefugnis durch Verbände und sogenannte Gebührenvereine sowie einzelne Mitbewerber trotz vielfältiger Bemühungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden sowie der begrüßenswerten und anzuerkennenden Selbsthilfemaßnahmen der Wirtschaft nicht völlig eingedämmt werden könnten. Zur effizienten Bekämpfung der verbliebenen Mißbräuche schien den Fraktionen der CDU/CSU und

267.) BT-Drucksache 10/80

268.) BT-Drucksache 10/4741

der FDP eine solche Regelung sinnvoll. Erfreulicherweise ist der Rechtsausschuß (6. Ausschuß) des Deutschen Bundestages anläßlich seiner Beschlußempfehlung und seines Berichts vom 25.06.1986 diesen Entwürfen nicht gefolgt. Anstelle des Ausschlusses der Erstattungsfähigkeit der Kosten der ersten Abmahnung wurde in § 13 Abs. 5 UWG in der ab dem 01.01.1986 gültigen Fassung ein sogenannter Mißbrauchs- bzw. Negativtatbestand mit folgendem Wortlaut eingeführt:

"Der Anspruch auf Unterlassung kann nicht geltend gemacht werden, wenn die Geltendmachung unter Berücksichtigung der gesamten Umstände mißbräuchlich ist, insbesondere, wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen."

Diese gesetzliche Neuregelung ist sicherlich dazu geeignet, die Tätigkeit weniger seriöser Gebührenvereine in Frage zu stellen bzw. die Bildung neuer Institutionen dieser Art zu verhindern. Der Gesetzgeber hat gut daran getan, den ursprünglichen Vorschlag der anderen Fraktionen, der die Abschaffung der Kostenerstattung der Erstabmahnung vorsah, abzulehnen. Er ist zu Recht auf einhellige Ablehnung der betroffenen Verbände und Organisationen gestoßen. Sie waren der

Auffassung, daß diese Lösung angesichts der bereits weitgehend beseitigten Mißbräuche die legitime Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen durch Mitbewerber und vor allem durch seriöse Verbände in Fällen unlauteren Wettbewerbs übermäßig erschweren würde. Der Änderungsvorschlag knüpft an die in der Rechtsprechung vermehrt festzustellende Tendenz an 269.), Mißbräuchen bei der Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen durch Verbände und Mitbewerber dadurch zu begegnen, daß die Klagebefugnis und damit auch die Abmahnbefugnis in bestimmten Fällen verneint wird. So hatte der BGH 270.) in seinem Urteil vom 07.11.1985 einem bereits im Jahre 1913 gegründeten Verein zur Wahrung des lautereren Wettbewerbs, dem Gewerbetreibende sowie Vereinigungen von Gewerbetreibenden angehörten, die Klagebefugnis abgesprochen. Diese Institution hatte nämlich keine eigenen Geschäftsstellen mehr, wurde vielmehr organisatorisch durch ein Anwaltsbüro geführt, wobei diese Kanzlei von dem Kläger mit der Durchführung von Abmahnungen und Gerichtsverfahren beauftragt worden war. Nach Auffassung des BGH reichte es nicht aus, daß die Klägerin in der Vergangenheit eine Vielzahl höchstrichterlicher Entscheidungen zu grundsätzlichen Fragen des Wettbewerbsrecht erwirkt habe, um die Voraussetzungen für die Klagebefugnis zu bejahen. Hieraus ergebe sich nur, daß der Kläger durch die Einschaltung von Rechts-

269.) BGH WRP 86, 201, 202

270.) BGH a.a.O.

anwälten Wettbewerbsverstöße gerichtlich verfolge, mithin von seinem Klagerecht Gebrauch mache. Als weitere Voraussetzung für die Klagebefugnis verlangte der BGH, daß dieser Verband über die Einschaltung von Rechtsanwälten hinaus eine eigene Tätigkeit zur Erfüllung des Satzungszwecks entfalten müsse. Von einem Fachverband, der die Bekämpfung von Verstößen gegen den lautereren Wettbewerb zu seiner satzungsmäßigen Aufgabe gemacht habe, könne erwartet werden, daß er eigene Aktivitäten entfalte. Wenn ihm allerdings die persönlichen und sachlichen Mittel zur Erfüllung seiner satzungsgemäßen Aufgaben fehle, lege dies die Vermutung nahe, daß ein solcher Verband keine ausreichende Vereinstätigkeit ausübe 271.).

Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß der ursprüngliche Entwurf, wonach die Kosten der Erstabmahnung generell nicht mehr erstattungsfähig sein sollten, für viele Mitbewerber einen Anreiz zu unlauterem Wettbewerb geboten hätte. Denn eine generelle Ablehnung der Kostenerstattung der Erstabmahnung hätte auch dazu geführt, daß diese nicht gemäß § 13 Abs. 6 UWG als Aufwendungsersatz hätten geltend gemacht werden können.

Es stellt sich aber aufgrund der Neuregelung des § 13 Abs. 5 UWG die Frage, ob

271.) BGH a.a.O.; vgl. Schmidt NJW 1983, 1521: "Verein muß in jedem Fall auch gewerbliche Interessen verfolgen."

damit der Gesetzgeber eine generelle Regelung hinsichtlich der Erstattungsfähigkeit von Abmahnkosten getroffen hat. Wenn von Emmerich 272.) darauf hingewiesen wird, daß der Streit um die Erstattungsfähigkeit von Abmahnkosten aus dem Gesichtspunkt der GOA für die Praxis im positiven Sinne entschieden sei, so ist dem entgegenzuhalten, daß der Gesetzgeber bei der Neuschaffung des § 13 Abs. 5 BGB lediglich von der Vorstellung ausgegangen ist, daß die Kosten eines Abmahnschreibens auf der Grundlage der Geschäftsführung ohne Auftrag erstattungsfähig sind. Aus der Formulierung des Gesetzes, daß in bestimmten Fällen kein Erstattungsanspruch besteht, kann aber noch nicht die materielle Berechtigung hergeleitet werden, die Kosten des ersten Abmahnschreibens erstattet zu verlangen. Der Gesetzgeber ist vielmehr nur von dem Factum und vermutlich auch der Richtigkeit der zitierten Photowettbewerbsentscheidung des BGH ausgegangen, 272 a.) hat aber den in dieser Untersuchung aufgezeigten Meinungsstand nicht zum Anlaß genommen, hier eine ausdrückliche Regelung im Gesetz aufzunehmen, die positiv über die Kostentragungspflicht in allen Fällen befindet. Es ist mehr als fraglich, ob die jetzige Gesetzesfassung dazu geeignet ist, die Gerichte in I. und II. Instanz von ihrer kritischen Haltung

272.) Emmerich § 19 I e (S. 333)

272a) Anm.: Der Rechtsausschuß weist in seinem Bericht daraufhin, daß sein Vorschlag an eine bereits vorhandene Rechtsprechung anknüpft, BT-Drucksache 10/5771, S. 22, 46

gegenüber der BGH-Entscheidung abzubringen. Vielmehr werden die Gerichte nach wie vor im Einzelfall zu prüfen haben, ob die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen oder nicht. Wenn sie gegeben sind, ist ferner zu prüfen, ob die Geltendmachung mißbräuchlich ist.

Nach alledem hätte der Gesetzgeber die mittlerweile in der Literatur als herrschend zu bezeichnende Auffassung, daß nämlich Abmahnkosten aus dem Rechtsinstitut der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht - bzw. wie nachgewiesen nicht generell - hergeleitet werden können, zum Anlaß nehmen sollen, eine gesetzliche Regelung zur Erstattungsfähigkeit in § 13 UWG mit aufzunehmen. Insoweit gewinnt wiederum der ursprüngliche Gesetzentwurf vom 07.03.1968 273.) an Bedeutung, der bekanntlich die Regelung empfohlen hatte, daß eine Kostentragungspflicht in das Gesetz aufgenommen wird. Zur endgültigen Beilegung des Rechtsprechungs- und Literaturstreits und zur Einheitlichkeit der Behandlung aller Fälle hätte der Gesetzgeber durch Normierung einer Kostentragungsverpflichtung beitragen können. Diese Chance wurde allerdings nicht wahrgenommen.

Daneben besteht auch ein Regelungsbedürfnis dahin, daß alle weiteren, durch eine einstweilige Verfügung entstandenen Verfahrenskosten erstattungsfähig sind. Die Darlegungen im Zusammenhang mit den aus einem Abschlußschreiben resultierenden Kosten haben nämlich gezeigt, daß auch

hier Ansprüche nur dann bestehen, wenn sie auf Schadensersatzbestimmungen gestützt werden können. Im Falle des fehlenden oder nicht feststellbaren Verschuldens wäre der verletzte Mitbewerber erneut auf die Bestimmungen der Geschäftsführung ohne Auftrag angewiesen. Diese beinhalten aber keine generelle Regelung dahin, daß stets die Kosten des Abschlußschreibens erstattungsfähig sind.

Schließlich hätte der Gesetzgeber zur Wahrung der Parität unter den Gewerbetreibenden regeln müssen, daß grundsätzlich auch derjenige, der zu Unrecht abgemahnt wird, seine Aufwendungen ersetzt verlangen kann. Denn es ist nicht einzusehen, daß jemand im Falle einer unrechtmäßigen Abmahnung die notwendig gewordenen Rechtsanwaltskosten selbst tragen soll.

Nach alledem sollte folgende Bestimmung in das UWG aufgenommen werden:

"Wer wegen Wettbewerbshandlungen, die gegen Bestimmungen des Wettbewerbsrechts verstoßen, abgemahnt wird, hat die hierdurch den in § 13 Abs. 2 UWG Genannten entstandenen Abmahnkosten sowie die Aufwendungen zu erstatten, die nach Durchführung eines einstweiligen Verfügungsverfahrens erforderlich sind, um einen Rechtsstreit in der Hauptsache zu verhindern. Derjenige, der

zu Unrecht wegen eines in
Wirklichkeit nicht vorhandenen
Wettbewerbsverstoßes abgemahnt
wird, kann die zur Abwehr er-
forderlichen Aufwendungen
ebenfalls ersetzt verlangen."

Mit dem vorstehenden Wortlaut würden alle
Regelungslücken geschlossen und weitere
-in der Praxis immer noch zu erwartende-
Rechtsstreite verhindert.

Am 25.06.1955 wurde ich als drittes Kind des Rechtsanwalts und Notars Dr. Alfons Cramer und seiner Ehefrau Ursula geb. Büsing in Paderborn geboren.

Meine Staatsangehörigkeit ist deutsch.

Nach Besuch der Volksschule wechselte ich Ostern 1965 zum staatlichen altsprachlichen Gymnasium Theodorianum in Paderborn über, wo ich im Jahre 1973 das Abitur bestand.

Vom Wintersemester 1973/74 an studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Meine erste juristische Staatsprüfung legte ich am 13.12.1978 ab. Ab dem 01.01.1979 trat ich meinen Referendardienst beim LG Paderborn an. Die zweite juristische Staatsprüfung bestand ich am 03.07.1981 vor dem Landesjustizprüfungsamt NRW in Düsseldorf. Seither bin ich als Rechtsanwalt tätig.

